2

72

RESPONSVM IVRIS,

2

Pro Ioanne de Heredia, in processu apprehensionis Hieronymi de Heredia, vertenti in curia Illustrissimi domini D. Martini Baptista de la Nuça Iustitię Aragonũ.



CÆSARAVGVSTÆ:

Apud Laurentium Robles, Regni Aragonum, & Vniuersitatis Typographum, anno MDCIIX.

Index eorum quæ in hoc responso continetur.

Promittens vendere, vel donare etiam cum iuramento, nõ prohibitur alteri postea vendere, vel donare. n. 34. & 35

Facultas eligendi, non potest dici consumpta, nec euacuata in promissione de eligendo, per quam nullum fuit trãslatum dominium. 36

Vbi agitur de aliquo actu iuciatiuo, & alteri perfecte ius quęsitum non est, & sic res est integra licita est de iure penitentia. 37

Post factam electionem actualem in persona Ioannis de Heredia clientis, non erat in potestate Ioannis electoris adimplere factum promissum, in pactis dotalibus Domnæ Beatricis de Foces. 38

Cessante facultate in promissore adimplendi factum promissum, cessat obligatio præcisse adimplendi factum. 39

Hyppotheca generalis pactorum dotalium Domnæ Beatricis de Foces superaddita implicitæ prohibitioni, de non alienando, non impedit translationem dominij, aut electionem filiorum alterius matrimonij. 40

Maxime cum sit adiecta in clausulis executiuis, 41

Interpretatio ad l. creditor. in §. finali. de distractione pignorum. 42

Vbi prohibita est generaliter omniũ bonorum alienatio, hyppotheca generalis postmodum subsequta habet vim specialis hyppothecæ. 43

Is cui bona generaliter hyppothecata sunt, saltim habet ius auocãdi bona pro consecutione eius, quod interest. Id tamen cẽsat in nostro casu. n. 44. & 45

Non conueniunt casui nostro decisiones Albaroti Præpositi, & aliorum in c. filij, si de feudo fuerit cõtrouersum. 46. 47

Iuramentum superadditum promissioni, de eligendo vnum filium masculum posterioris matrimonij, sequitur naturam ipsius promissionis, nec eam alterari potest. n. 48. & 49

Maxime, cum ponatur in clausulis executiuis, atque ex stilo, vel consuetudine Notariorum. 50

Reseruationi vsufructus tacite inesse censetur clausula de constituto. 51

Realis bonorum traditio, aut corporalis possesio, subsequta in persona Ioannis clientis, post mortem patris retrotrahi debet ad tempus quo fuit facta donatio, ex qua ipsa traditio consequentiam habet. 52

Etiam si promissio pactorum dotalium Domnæ Beatricis de Foces cohærentia matrimonij munita fuerit, non potest præualere contra donationem actualem postea factam cum traditione, quæ etiam fuit munita iuramento, & cohærentia matrimonij. 53

Quando duo cõcurrunt, quorum vnus se fundat in promissione de donando, alter autem in donatione actuali, nulliq; eorũ facta traditio est, is præfertur ex communi, qui actuali donationi nititur. 54

Expenditur Obseruantia. Itẽ si maritus de iure dotium. 53

Euitatur difficultas quæ oritur

tur aduersus Ioannem clietem ex foro 2. de collusione detegéda. 56

Prædictus forus 2. tantummodo loquitur in donatione, nec ideo extédi potest ad pactum de donando. 57

Statutum loquens de donatione, venditione, aut electione, non verificatur in promissione de donando, vendendo, aut eligendo. 58

Prædictus forus 2. est exorbitãs, & correctorius iuris communis. num. 59

Ex quo propter donationem electiuam factam Ioanni de Heredia clienti, purificatam fuit in eo fideicommissum electiuum, nullatenus ab ipso postea bona retrahi, aut auocari poterũt prętextu dicti for. 2. 60

Quamuis nominatio facta in fauorem Hieronymi de Heredia, in vltimo testamento Ioãnis de Heredia maioris, eius patris facta fuerit in executionem antecedentis promissionis, minime tamen retrotrahi potest in præiuditium Ioannis de Heredia clientis. 61

Fictio retrotractiua, non habet locum in preiuditium iuris medio tempore quæsiti. 62

Maxime vbi vigore alicuius actus inter medij ius perfecte, formatum, & quæsitum alicui fuit. 63

Facta semel perfecta, & completa electione de Ioanne, non erat locus variationi, nec ea electio potuit postea reuocari. 64

Qui non habet restrictam eligendi facultatem ad tẽpus mortis, sed simpliciter, & indiffinite facta semel electione de vno, omnino prohibetur variare. 65

Maxime vbi electio facta fuit in cõtractu irreuocabili, prout in nostro casu. 66

2

RESPONSUM IVRIS, PRO IOANNE DE HEREDIA.

D. Didaci de la Naja.

INITIVM A DOMINO.



NTER Ioannē de Heredia, & Marq̄-ſiā de Boteller, corū-què parentes; facta, & celebrata fuerūt capitula matrimonialia, die 17. mensis Decembris, anno 1555. in Oppido de Batea, Principatus Cathaloniæ. In quib⁹ Laurētius de Heredia, dominus ac poſſeſſor omniū bonorum, in præſenti proceſſu apprehenſorum fecit illorum donationem filio ſuo Ioanni de Heredia, in contemplationem ſui matrimonij, quod mox contracturus erat, cum prædicta Marqueſia de Boteller, interdicta ei bonorum donatorum alienatione, & cum expræſſo vinculo. Quod: *aquells, y aquelles, integrament, y ſens detractio de quarta falcidia, trebellianica, o altre qualſevol dret, tornen, e pervinguen tots junts a vn fill maſcle, legitim y natural del dit Iuan de Heredia; lo que el dit Iuan de Heredia voldra, ſi molts ſeran: y ſino ſera mes de vn maſcle, integrament, adaquells dites heretats, &c.* Qua facta donatione cōtractoq. matrimonio inter dictū Ioānē de Heredia, & Marqueſiā de Boteller, ex eis natus eſt, Ioannes de Heredia minor, cuius partes agimus, qui obtulit propoſitionem in hoc proceſſu. Deinde mortua prædicta Marqueſia de Boteller præfatus Ioannes de Heredia maior contraxit ſecundū matrimoniū cū domna Beatrice de Foces: & in pactis dotalibus, ſuper hoc confectis matrimonio ſe obligauit, & aſtrinxit ad eligendū vnum filium maſculum iſtius ſecundi matrimonij, per hæc verba, *Item es pactado y concordado, entre dichas partes, que el dicho Iuan de Heredia, ſea tenido y obligado, ſegun que por los preſentes ſe obliga, a diſponer en los hijos maſclos, que Dios les diere del preſente matrimonio, ſi fueren muchos, en aquel que quiſiere, a ſu voluntad, y conforme a como eſtan los vinclos de ſu caſa; o ſi-*

no tuviere sino vn hijo, sea tenido disponer en aquel, &c. Quã facta promissione pluribusquè susceptis filiis masculis, ex huiusmodi secundo matrimonio ; præfatus Ioannes de Heredia ; Ioannem ipsius, & Marquesiæ Boteller filium primogenitũ cum Magdalenę Ambert connubio, & matrimonio adiunxit ipsiq. fecit purã, perfectã, ac irreuocabilẽ donationẽ omniũ bonorũ in præsenti processu apprehensorũ reseruato, sibi bonorum donatorũ vsufructu ei⁹ vita durãte. Postea tamẽ in testamẽto à se facto hęredem, instituit in prædictis bonis Hieronymũ de Heredia aduersariũ, natum ex secundo matrimonio: dicens se id ita facere pro executiõe & adimplemento promissionis ; quã fecerat in pactis dotalibus domnæ Beatricis de Foces.

Vnde mortuo præfato Ioanne de Heredia, orta est contẽtio inter Ioãnem, & Hieronymum de Heredia eius filios, super horum bonorum successione vter scilicet ex eis alteri fit præferendus; an Ioannes de Heredia natus ex primo matrimonio ; qui actualiter, & effectualiter fuit electus à patre in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert, an vero eius frater Hieronymus primogenitus posterioris matrimonij; qui nititur ac fũdatur in promissione prius ab eius patre facta in pactis dotalibus Domnæ Beatricis de Foces, de eligendo vnum ex filiis istius secundi matrimonij subsequuta post modũ nominatione, seu electione facta in eius fauorem in vltimo testamento præfati Ioannis de Heredia maioris eius patris.

Quæ quidem controuersia aduocatis vtriusq. fratris mirũ immodũ anceps, ac perplexa summeq. difficilis visa est. In ea tamen perspectis rationibus quæ hinc inde militant ac occurrunt exacteq. consideratis vtriusquè partis fundamẽtis potiores esse videntur partes prædicti Ioannis de Heredia clientis.

Quia ex deductis in processu appertissime cõstat, prædictum Ioannem de Heredia, tempore quo præsens appellitus apprehẽsionis oblatus est : & antea per tempus sex mensiũ & vltra, fuisse in possessione reali, actuali, & corporali, omnium bonorũ quæ sunt apprehensa in præsenti processu. Imo constat ipsum possedisse huiusmodi bona in vita patris ab eodu, quo sibi fuit facta donatio, in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert, prout inferius ipse dicam.

Constat etiam de eius bono titulo, & iure ad bona in præsenti processu apprehensa ; ex quo eius auus Laurentius de Heredia donauit hæc omnia bona in pactis dotalibus Marquesiæ de Boteller, filio suo Ioanni de Heredia, horum duorum fratrum, contendentium patri, sub vinculo & conditione: quod prædicta bona integra, & absq. vlla diminutione deuenirent in vnum filium masculum legitimum prefati Ioannis, quẽ ipse voluisset. Demumq. constat præfatũ Ioãnem de Heredia, Laurentij filiũ prædicta eligendi facultate, sibi data in pactis dotalibus suæ primæ

mæ vxoris plenißime vſum fuiſſe, in fauorem Ioannis de Heredia, eius & Marqueſiæ Boteller filij primogeniti; facta illi inter viuos, irreuocabili & pura prædictorum bonorum donatione, in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert, vnde de eius bono titulo, & iure apertißime liquere videtur.

Hæc etenim donatio facta in prædictis pactis dotalibus Magdalenæ Ambert; prefectißimã, ac completã ſuiſq. numeris omnibus abſolutam electionem, cõtinet in fauorem prefati Ioannis de Heredia, nunc contendentis vtpote quæ pura ſit, ac perfecta donatio vulgariter inter viuos, dicta habeatq. innixtã expræſſam clauſulam ſalutarem omni, meliori modo, in fauorem ipſius donatarij, ac etiam exhuberantißimas clauſulas irreuocabilitatis, iuramẽti, hyppotecæ, præſentialiſq. dominij trãſlationis.† Demumq. facta fuerit, cum expreſſa vſusfructus reſeruatione, quæ indubie arguit bonorũ donatorum poſſeſsionem, in donatariũ fuiſſe tranſlatam. Vt eſt tex. expræſſus. in. l. quiſquis, vbi notant cõmuniter DD. C. de donationibus. l. ſi quis argentũ, in. §. ſed ſi quid. C. eo. Tiraquell. de iure conſtituti poſſeſſorij. 1. p. n. 3. Antonius Gomez. in l. 45. Tauri. n. 63. Ludouicus Molina, de Hiſpanarum primogeniis. libr. 4. cap. 2. num. 9. Et tradit copioſißime Ioſeph. Marſcar. de probationi. conclusi. 1194. nume. 1. cum ſeq. Sicq. perſpiquũ eſſe videtur ex ea donatione, præfato Ioanni de Heredia clienti plene, ac irreuocabiliter ius acquiſitum fuiſſe, quo ad iſtorum bonorum ſucceſſionem.

Quamuis enim obiiciatur, ex aduerſo hanc donationem, lõge poſteriorem eſſe promiſsione, facta a Ioãne patre, in pactis dotalibus Domnæ Beatricis de Foces, de eligendo vnum ex filiis iſtius ſecundi matrimonij, e quorũ in numero eſt Hieronymus de Heredia aduerſarius. Illud tamen pactum, ſeu promiſsio, nequaquam obſtare poteſt præfato Ioanni de Heredia, quo minus ipſe in vim ſuę actualis, & effectualis electionis ſuccedere poſsit. prout variis, hiiſq. vrgẽtißimis cõprobatur fundamentis.

†Primo, quia ipſe eſt filius maſculus primogenitus, illius primi matrimonij, ideoq. eius electio haud quaquam impediri, nec infringi poteſt propter anteriorẽ promiſsionẽ factam a patre, de eligendo vnũ ex filiis poſterioris matrimonij. Grauamẽ enim iniunctum Ioanni Patri, in pactis dotalibus Marqueſiæ de Boteller eius primæ vxoris, de eligendo vnum ex filiis ſuis maſculis: quem ipſe voluiſſet, omnino intelligi debet, de liberis illius primi matrimonij, in cuius contemplationẽ empreſsim fuit facta donatio: ita vt ſimplex mentio filiorum legitimorum, in eo cõtractu facta ad filios primi matrimonij, de quibus tunc temporis contrahentes cogitabant omnino referri debeat: l. cum vir. 25. de conditio. & demonſtratio. Ibi non intelligitur expleta conditio, quod teſtatorem vero ſimile, non eſt de his liberis ſenſiſſe,

fisse, qui se viua ex alio suscepti fuissent. l. inter virum, de pactis dotalibus, ibi sufficit eos ex eo matrimonio nasci, in quo dos da ta est. l. dotem 30. de iure dotiũ, ibi dotem quę in prius matrimo niũ data est, non aliter conuerti in posterius matrimoniũ potest: nisi cum hoc agitur. Tiraquel. in præfatione. l. si vnquã. nu. 105. C. de reuocandis donationibus, in hæc verba, (vt interim ommitamus, quod qui de liberis loquitur, aut cogitat debet censeri loqui, aut cogitare de liberis primi matrimonij tantum sicut qui de matrimonio loquitur, de primo intelligere videtur prout sũt iura expræssa. in l. boues. §. hoc sermone. de verb. signifi.)

Quod quidẽ dictũ Tiraq. referunt, ac sequũtur Iacob. Menoc. in cons. 106. num. 53. & idem in cons. 97. nu. 84. Mantica de coniectu. vltimar. volũta. lib. 8. tit 15. nu. 2. Et nouissime Caldas Pereira, in tractatu de potestate eligẽdi. c. 13. n. 54: vbi iuxta doctrinam Tiraquelli eleganter concludit dominum directum, qui facultatem dedit emphyteutæ, nominãdi, aut eligẽdi vnum ex filiis suis ad filios illius primi matrimonij, non futuri, eam facultatem restrinxisse videri.

Hucq. alludit doctrina Bart. in d. l. cum vir. num. 1. quæ habet quod statutũ, vel cõsuetudo deferens dotẽ, aut lucrũ dotis marito, vbi mulier decesserit in matrimonio sine liberis omnino intelligi debet de liberis illius matrimonij, non alterius cum de illis vero similiter legis conditores cogitauerint quod idẽ post Bart. expræsse affirmarũt Signorolus in cons. 37. & 38. & post eũ Ias. in cons. 115. nu. 4. vol. 1. Socin. cons. 84. n. 6. vol. 1. Idẽ in d. l. cũ vir. n. 4. de condi. & demonst.

Quæ facili⁹ in casu nostro sũt admittenda. Quod expræsse cõstat in specie cogitatũ fuisse de primo matrimonio, ꝙ đ ꝓximo cõtrahi sperabatur inter prædictos Ioãnẽ de Herediã, & Marquesiã Boteller, atq. intuitu & cõtẽplatione certi matrimonij, mox cõtrahẽdi factã fuisse donationẽ, prout in his terminis resoluit Pereira in resp. 6. in fi. pro illustri. Duce de Pastrana: qui loquitur in donatione facta a matre filio suo intuitu & contẽplatione certi matrimonij cũ certa muliere cõtrahẽdi. Cõcluditq. grauamẽ iniũctũ filio donatario de restituẽdis bonis, filiis suis legitimis, per hæc verba. E *que sucedan en los dichos ocho mil ducados, sus hijos y decendientes masclos legitimos.* Illud primũ matrimoniũ, quod tũc tractabatur respicere; nõ alterius matrimonij, nec alterius vxoris liberos. Nẽdũ, ꝙ nos in faciliori casu versamur. Ex quo ibi donatio nõ fuit facta in cõtractu ipsi⁹ matrimonij, nec in præludiis illius. Nec etiã ibi cõstabat pręsentẽ esse mulierẽ, quæ contractura erat. At nos sumus in casu quo præsente, ea quę cõtractura erat eiusq. parentibus facta fuit donatio in pactis dotalibus, & sic in præludiis illius primi matrimonij, ad hoc scilicet, vt illud actu cõtraheretur inter prædictos Ioãnẽ de Heredia, & Marquesiã Boteller. Adeo quod propter aproximationẽ, aut destinationem proximam contractui matrimonij perinde esse videretur, ac si in ipsius matrimonij cõtractu, facta fuisset donatio

natio, prout multis elegãter probat eruditissimus ac integerrimus D. Martinus Monter de la Cueua in suis decisionibus causarum ciuilium decis. 10. nu. 17.

Et idẽ etiam in specie affirmat idemmet Caldas Pereyra de iure emphyteutico. 3. par. cap. 13. num. 52. Vbi adducit textum in cap. 1. in. §. mulier. si de feudo fuerit controuers. Et ibi post additionem notat textum illum; quatenus decidit in assecutione feudi filios primi matrimonij esse præferendos, esse intelligendum: vbi feudum fuerit concessum respectu, & contemplatione primi matrimonij.

Quod idem etiã, à simili probat elegantissimus tex. in l. si quid earum. §. final. de leg. 3. in illis verbis (at quę vxoris causa parata sunt; ita posteriori debentur, si ei assignata sunt. Quia non est ita de posteriori vxore cogitatum, quem tex. eleganter ad propositum expẽdit Tiraquel. in d. præfactio. l. si vnquã. nu. 105.

Nec obstat tex. in. l. placet de liberis, & posthu. vbi institutio posthumi simpliciter facta porrigitur ad omnes posthumos tam ex prima, quam ex secunda vxore nascituros. Quia respondetur textũ in d. l. placet specia li testamenti fabore procedere; ne ipsum testamentum corruat, ob ipsius posthumi præteritionem. Publice enim expedit suprema hominum iuditia exitum habere. l. vel negare. ff. quemadmodum testamenta aperiantur. Vbi ergo fauor testamenti abest; eaque ratio conseruandi testamentum; in contrarium extat iuris communis regula, quod scilicet posthumi appellatione tantum comprehendantur posthumi ex prima vxori nasciturí vti eleganter notat Menochi. cons. 106. num. 53. & in cons. 97. num. 84. & post eũ eruditissimus Mantica de coniectu vltima. voluntatu. lib. 8. tit. 15. n. 2.

Et quamuis aduersus horum doctorum traditionẽ fuerit aliquando in Aragonia iudicatum in causa Baroniæ de Sigues, sicq; in hoc Regno huiusmodi fundamentum non vsquequaq; solidum, nec firmum videatur, cum sit standum cartæ, nec facile restrictiua admitatur interpretatio, ex præsumpta ac verisimili contrahentium voluntate deducta prout testatur Portol. in scholijs ad Molinum verbo fori Aragonum num. 51. ipse tamen Portoles agnoscit; quod regulariter & in viam iuris communis simplex mentio filiorum legitimorum in contractu facta, ad filios primi matrimonij omnino sit referenda.

Quod clienti nostro ad obtinendum satis superque sufficit. Cum illa pacta dotalia Marquesiæ de Boteller, non fuerint innita, nec celebrata in Aragonia, sed in oppido de Bathea, Principatus Cathaloniæ. Ideoque, nec regulari, nec interpretari debeant, iuxta foros, & obseruantias Aragoniæ, sed potius iuxta leges, vel constitutiones Principatus Cathaloniæ, quæ in dubie interpretationẽ, restrictiuam admittunt in his casibus: in quibus ea de iure communi locum habere potest. Cum in prædictis constitioni-

tuti onibus ipsum ius commune, quoad hoc, minime correctum, nec limitatum reperiatur.

Vbi namque contingit, cōtractum alibi celebratum fuisse; quam vbi iuditium agitatur, vel ventilatur, regulare est; quod municipales leges, vel statuta loci, vel prouinciæ vbi contractus deducitur in iuditium, tantummodo attendantur, quo ad ea quæ cōcernunt ipsius iuditij ordinem, & solemnitatem. Quoad ea tamen, quæ respiciunt decisionem causæ (prout est declaratio, vel interpretatio cōtractus) indubie attendendę sunt leges, vel statuta loci vel prouintiæ, vbi fuerit contractus celebratus. Vt tradit Bart. in l. cunctos populos num. 14. & ibidem Iaso. C. de summa Trinitate, & fide Catho. Bal. in l. fi. de iurisdictio. omnnū iudi. Alexan. in cons. 115. num. 4. vol. 5. Decius cons. 119. nu. 2. cum sequentib. Cepha. cons. 324. nu. 23. vol. 3. & nouissime Bornin. Caualcan. decis. 21. num. 11. in prima parte.

Ex quibus omnibus satis superque colligitur; grauamen iniunctum Ioanni de Heredia maiori in pactis dotalibus Marquesiæ de Boteller suæ primæ vxoris, initis ac celebratis in Principatu Cathaloniæ, de eligendo vnum ex filijs suis masculis, quē ipse voluerit, illius tantum matrimonij liberos de quibus tunc tēporis contrahentes cogitabant; non vero alterius matrimonij, nec alterius vxoris liberos respicere.

Sed si libet id iuxta benigniorem, & humaniorem aliorum doctorum sententiam temperare, id ita accipiendum erit; vt mentio in distincte, & generaliter facta filiorū legitimorum; principaliter & prelatiuè referatur ad liberos illius primi matrimonij, cuius intuitu & contemplarione expressim fuit facta donatio. Quibusque contrahentes potissimum consulere ac prospicere voluisse omnino credēdum est. Secundario autem, & ex quadā benigna (vt ita dixerim interpretatione) referatur ad liberos alterius matrimonij, quoad hoc; vt nullis extantibus, nec remanentibus filijs illius primi matrimonij inter filios posterioris matrimonij electio fieri possit, vt tradit Caldas Pereyra de iure emphyteutico. 3. p. c. 13. n. 52.

Quod eleganti admodum simili cōprobari potest. Etenim concessa alicui facultate; vt possit in vnum ex filijs suis maioratum instituere, non poterit extantibus filijs in vnum ex nepotibus instituere maioratū. Quia in casibus in quibus gradus, vel affectio consideratur; verbum filiorum nō comprehendit nepotes, si tamen filij primi gradus moriantur, aut deficiant; poterit in vnū ex nepotibus institui maiorat⁹. Quia verbū filios principaliter & prælatiue refertur eo casu ad liberos primi matrimonij secūdario autē ex benigna quadā interpretatione refertur ad ipsos nepotes quo ad hoc vt mortuis, vel deficiētibus filijs, in nepotibus institui possit maioratus. Vt resoluit Ludou. Molin. de Hispanorū. primogenijs lib. 2. cap. 11. num. 35. vers. sed ipsemet

post

post Gregorium Lopez.l.32. tit. 9.par.6.glosa.in verbo. No valdra.columna octaua. Melchior Pelaez in tractat. de maioratu. quæst.15. Caldas Pereira. de iure emphyteut.3.par.c.15.n.2.

Hucq.alludit,quod tradit Menochius.cons.215.nume. 39.post Alexandrum, Socinum,Rubeũ, Decium,& alios: Quod substitutio fideicommissaria,in fauorem filiarum facta,debet intelligi per prius de filiabus primi gradus; quo ad hoc,vt extãtibus filiabus primi gradus,tempore euenientis conditionis fideicommissi: ipsę succedere debeant, exclusis neptibus. Secundario autem,debeat intelligi de ipsis neptibus: quo ad hoc,vt non extantibus filiabus primi gradus tẽpore euẽtis conditionis fideicommissi, neptes succedere possint.

Non igitur obstabit Ioanni de Heredia clienti,primogenito illius prioris matrimonij, promissio facta àpatre,in pactis dotalib9 Domnæ Beatricis de Foces, de eligendo vnum filium masculũ, istius secundi matrimonij. Nec etiam nominatio, vel electio facta,in vltimo testamento Ioannis de Heredia maioris, in fauorem Hieronymi de Heredia,filij isti9 posterioris matrimonij,cum grauamen iniunctum prędicto Ioanni de Heredia, maiori horum duorum fratrum, contendentiũ patri in pactis dotalibus Marquiesæ de Boteller, de eligendo vnum filium masculum legitimũ quem voluisset. Restrictiue intelligi debeat, de liberis illius primi matrimonij,vel saltim prelatiue quo ad hoc, vt illis extantibus ipsi omnino præferri debeãt,in electione filiis posterioris matrimonij.

Secundo principaliter,nõ obstat electioni factæ in fauorem Ioannis de Heredia clientis nostri promissio pactorum dotaliũ Dõnæ Beatricis de Foces. Quia quamuis sine vllo veritatis præiuditio fateamur,facultatem eligendi datam,& attributam Ioanni patri,in prioribus pactis dotalibus,æqualiter esse intelligendã de liberis,tam primi, quam secũdi matrimonij, sicq. ommissis filiis prioris matrimonij, ipsum eligere, ac nominare potuisse vnũ filium masculum istius secundi matrimonij;adhuc tamẽ ex multis aliis præferendus esse videtur fratri, in huiusmodi successione præfatus Ioannes de Heredia,cuius partes agimus.

Etenim in prioribus pactis dotalibus,prædictæ Marquesiæ Boteller,atq. ex dispositione Laurẽtij de Heredia,donãtis, dispositiue,reperitur vocatus vnus fili9 masculus legitimus,pręfati Ioãnis de Heredia maioris: qui ab ipso postmodũ eligeretur, aut nonaretur. Vnde facta supradicta hypothesi,quod prædicta dispositio Laurentij de Heredia, æqualiter intelligi debeat; de filiis primi, & secundi matrimonij:indubie constat, quæmlibet ex filiis masculis præfati Ioannis de Heredia maioris, dispositiue fuisse vocatũ ad huiusmodi successionem, sub ea conditione; si eligatur, aut nominetur a patre (quod est inteligẽdum disiũctiue cum vnus tantum ex eis vocatus sit,prohibitaq. fuerit omnino

nino istorum bonorum diuisio.

Illa enim verba, in prioribus pactis dotalibus apposita: *tornen, e peruingan tots junts, a vn fill mascle legitim, del dit* Iuan de Heredia, *el que el voldra*, vocationem conditionalem inducunt, ac præseferunt propter illud verbũ dispositiuum perueniat, ac etiam ratione illius relatiui quis, vel qui, quod adiungitur verbo futuri tẽporis ibi, *el que voldra*, ideoq. conditionem inducit. l. stichum, qui meus erit, vbi Bartolus & omnes communiter Doctores, de leg. 1. l. nuper in fine de leg. 3. & comprobat ex pluribus Rolandus, cons. 54. n. 3. vol. 3.

Et in specie nostra post Albericum, & Castrensem in. l. vnũ ex familia in. §. itaque in fine de leg. 2. tradit Berenguarius Ferdinand. in tractatu de pactis dotalibus. c. 9. num. 6. versi. quarto vrget Petrus Peralta in dicta l. cum quidam num. 17. in fine. versiculo in glossa vltima, qui omnes affirmant, quod hærede grauato de restituendis bonis vni de familia, cui ipse voluerit, quilibet de familia censetur vocatus sub conditione si eligatur.

Vnde cum hæc conditio sub qua quilibet ex fratribus vocatus est nimirum si eligatur, aut nominetur à patre debeat impleri in forma specifica. l. qui hæredi. l. Meuius de conditio. & demonstratio. consequenter dicendum esse videtur eam minime impletam, nec verificatam fuisse in persona Hieronymi de Heredia aduersarij, propter anteriorem promissionem à patre factam de eligendo vnum ex filijs posterioris matrimonij, cum promissio de eligendo, aut dispo nendo (vti mox probabo) electio dici non possit, nec vim electionis habeat; sed potius dicendum est, eam impletam, & verificatã fuisse in persona Ioannis de Heredia clientis; qui actualiter, & effectualiter fuit electus in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert, & quidem multo antea, quam Hieronymus de Heredia aduersarius fuisset nominatus à patre in vltimo eius testamẽto.

Quod autẽ promissio de disponendo, aut eligendo, non habeat vim electionis actualis aperte probatur ex eo; quod pactum de donando, aut de instituendo aliquem hæredem omninò æquippollere videtur promissioni ab aliquo factæ de disponendo, aut de ordinando de bonis suis in contractu, vel in testamento; quale est pactum, seu promissio facta in pactis dotalibus domnæ Beatricis de Foces. At in pacto, seu promissione de donando, aut de instituẽdo aliquem hæredem receptissimum esse videtur, quod ea promissio minime inducat donationem, nec institutionem de præsenti, sed eam in futurum faciendam designet, ac præseferat argumento tex. in. l. bonæ fidei. de eo quod certo loco. l. quod si nolit in. §. in factũ versi. plane de redhibitoria, action. tradit eleganter Bartol. in. l. dedi. nu. 8. de conditio causa dat. qui loquitur in pacto, seu promissiõe de donãdo, aitque quod pactũ de donando, non est donatio, quia aliud est donare,

presenti, donare, aliud pactum, seu promissio de donãdo & hoc idẽ post Bartolũ expresse affirmarunt Alexãder. in l. iurisgentium. nu. 10. de pactis. Galliaula in rubric. de verb. oblig. nu. 113. Alciatus in l. si pacto. num. 3. C. de pactis. idem Alciatus in d. l. iurisgentium. post num. 10. Philip. Decius in l. cum fundum in. §. seruũ tuũ imprudens. si certũ petatur. Ioannes Faber. in. §. aliæ autem. institu. de donatio. Raphael Fulgosius. Albericus Castrensis, & Iason in. l. in bonæ fidei de eo quod certo loco Tiraq. qui plura refert de retractu couentional. ad finem tituli num. 48. Rolandus aballe consi. 69. num. 13. vol. 3. Casaneus consi. 63. numero. 6. Menochius cons. 122. num. 22.

Et hoc ipsum etiam resoluit in promissione siue pacto de instituendo aliquem hæredem post Cauallin. Milleloqui. 201. num. 4. Petra de fideicommissis. q. 8. num. 174. Quinimo hoc idẽ in alijs similibus pactis, aut promissionibus veluti in promissione de vendendo, aut de locando expresse asseruerunt, post Bartolum, Castrensem, Albericum, Fulgosium, Alciatum, Hypolytum de Marsilijs, Rolandus à balle dicens cõmunem. d. cons. 69. nu. 12. Gamma decis. 372. nu. 2. & 3. Rodericus Suarez cons. 7 nu. 4. vsque ad. 10. Alexander. cons. 76. nu. 17. vol. 5. Iason n. l. quoties num. 37. C. de rei vendicatione Menoch. d. cons. 122. num. 22.

Quorum quidem doctorum traditiones adamussim instituto nostro conueniunt, at adaptantur: ex quo plerique ex Doctoribus allegatis loquntur, etiam in casu quo ipsa promissio fuerit corroborata iuramento, vti in specie docuerũt Menochius, Antonius Gamma, Rodericus, Suarez, Rolandus aballe in locis superius allegatis: & ante eos Imola in cap. cum contingat. n. 72. de iure iurando. Iason. in d. l. quoties. num. 34. C. de rei vendicatione. Idem Iason, in d. l. in bonæ fidei. num. 7. Et in cons. 117. col. 2. in fi. volu. 1. Seraphinus de Seraphinis, de priuilegiis iuramenti. priuilegio 723. numero 27.

Imo clarissime cõstat, ex multis hiisq. vrgẽtissimis fundamẽtis facilius, & a fortiori in nostro casu procedere suprapositũ axioma, quod scilicet promissio vel pactum de donando, eligendo, aut disponendo, non æquipoleat actuali, & præsentiali electioni, vel donationi.

Primo. Quia verba promissionis de donãdo, vendẽdo, aut eligendo, non sunt apta, nec habilia ad inducẽdã electionẽ, donationẽ, vel vẽditionẽ. de presenti Imo attẽta illorũ propria & significatione genuina omnino repugnare videtur, actuali, & præsentiali donationi, electioni, aut vẽditioni: prout tradit elegãter Rodericus Suarez. d. cons. n. 7. 4. vers. Pero puesto. Antonius Gamma dicta decis. 372. in principio. Idem Gamma in decis. 287. nu. 1. Caldas Pereira. cons. 7. nume. 10. vbi ait. Quod verba de futuro, non inducunt electionem, vel nominationem de

ex quo illa verba suapte natura nō factā electionē de præsenti, sed potius in futurum faciendā, designare, ac præseferre videātur, sicq. ex destinatione eligēdi, aut nominādi vnum ex filiis, non censeri factam electionem, vel nominationem. Antonius Gomez.l.3. Tauri.num. 119. vbi ait, quod illa verba suspensiua promitto eligere, vel volo eligere, quod fortius est ex se nō inducūt electionē post glosam Bartol. Baldum, & Castrensem. in l. serui electione. de leg. 1. Ioānes Faber. in §. alię autem donationes; in institutio. de donationibus. post Alexandrum. in l. iurisgentium. num. 10. de pactis. Qui illa verba suspensiua, ac de futuro donabo talem rem, nequaquam apta, nec habilia esse cēsuerūt; vt ex illis inferatur donatio: actualis quod idē etiā plures alios allegans, affirmauit Tiraquellus vbi supra. Cum igitur verba suspensiua, & de futuro, quibus exprimitur, ac concipitur pactum, siue promissio, de donando, aut eligendo, minime adaptari possint donationi, aut electioni actuali: imo maxime repugnent, ac aduersentur. Idcirco in illis neutiquā fundari poterit donatio, aut electio actualis; nisi fictitie, aut præsumptiue, & per subauditos intellectus. Vt tradit elegāter Thomas Grammaticus. decis. 103. nume. 195. quem ipse iam in prioribus meis allegationibus adduxi.

Vnde cum in nostro casu agatur, de implemento illius cōditionis; sub qua quilibet ex fratribus disiunctiue reperitur, vocatus ad prædictorum bonorū successionem: nimirum si eligatur, aut nominetur a patre; eaq. sit propria, ac genuina ipsius cōditionis natura, vt secundum, veritatem, vereq. ac proprie; non autem per fictionem debeat adimpleri; l. final. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt. l. fideicommissum : vbi communiter Doctores, de conditionib. & demonstrationibus. Ideo perperam cōtendit Hieronymus aduersarius, suæ vocationis conditionis impletam, & verificatam fuisse in promissione de eligendo pactorum dotalium Domnæ Beatricis de Foces: quæ nullo pacto, dici potest electio, nisi fictitie, aut presumptiue, cū repugnet verba de futuro, quibus ea promissio concepta, & expræssa est.

Secundo. Quia pacta dotalia Domnæ Beatricis de Foces, in quibus prefata promissio continetur inita; & celebrata fuerūt in Aragonia, vti ex ipsis patet. Ideoq. omnino intelligi, & regulari debēt, iuxta foros, & obseruantias huius Regni, quæ fictitias, & præsumptiuas interpretationes omnino respuunt, ac excludunt: vti ex se notissimum est.

Tertio. Quia prædicta promissio concepta est per verba personalia, quæ non afficiunt rem, sed personam ipsius obligati aut promissoris, ad quē verba directa sunt, vti ex ipsa clausula promissionis aperte colligitur. Ita enim habēt: *Item es pactado y concordado entre las dichas partes, que el dicho Iuan de Heredia sea tenido*

nido y obligado, segun que por las presentes se obliga, a disponer en los hijos masclos que Dios le diere del presente matrimonio, si fueren muchos, &c. in qua clausula expēdenda sunt, illa verba, *el dicho Iuan de Heredia sea tenido y obligado*, & illa alia, *segun que por los presentes se obliga*, quæ indubitanter sunt verba personalia, quibus ipse Ioannes de Heredia personaliter se obligauit, & astrinxit ad eligendum vnum filium masculum istius secundi matrimonij. Ideoque huiusmodi pactum, vti in personam conceptum, non afficit rem, sed personam promissoris, vel obligati. Sicque ex eo minime potest realis, vel actualis electio resultare; nec aliquod aliud ius reale: sed tantū quædam actio personalis contra ipsum promissorem, vt in id quod interest possit conueniri. Vti in similibus pactis, ac promissionibus in personam conceptis, veluti in pacto, seu promissione de vendendo, aut de donando post Immolam, Alexandrum, Decium, Alciatum, Hypolitum de Marsilijs, Iasonem, Castrensem, & alios resoluit Rolandus à Balle dicens communem dicto cons.69. Rodericus Suarez dicto cons.7. nu. 10. Gamma d.decis.372.nu.2. Menochius d.cons.122.nu.22. Quibus addi debent Alciatus in. l. filius familias in.§.diui. num. 35. de legat.1. Antonius Gomecius in.l.40. Tauri.n.14. Petra de fideicommissis. q.4. num.3. Peregrinus art.51.num.72. quatenus hij omnis ex communi resoluunt ex simplici pacto, vel simplici promissione in contractu facta de non alienando, aut de non disponendo, nisi in certas personas non censeri rem affectam, sed personam promissoris, nec ex ea promissione dominium transferri, nec ius aliquod reale, neque etiam fideicommissum induci in fauorem eorum quorum causa facta promissio est; sed tantummodo ex eo personali pacto obligatum remanere promissorem ad interesse casu quo contraueniat promissioni sicuti in qualibet alia obligationi faciendi hoc regulariter admissum est, vti probat tex.in. l.si procuratorem.ff. mandati. l. si quis ab alio de re iudicata. l.stipulationes non diuiduntur, vbi Bart.q.8.de verb. obliga. Quod etiam communiter notant Doctores in.l.ea lege per illum textū.C.de conditione ob causam. l. Si ita quis in §.ea lege de verb.obligatio. latè Iason in. d.§. diui. vbi rationes diuersitatis adducit quare, scilicet in prohibitione de nō alienando in vltima voluntate facta contrarium ius receptum ac statutum fuerit.

Et quāuis in hoc nostro regno receptum esse videatur propter cartæ vim, & efficaciam eum qui obligatur ad factū præcise teneri adimplere factum in ipsa promissione deductum; nec soluendo interesse liberari, vt resoluit ex pluribus Portoles in verbo pactum numer. 10. nihilominus tamē supradicta Doctorum traditio in casu nostro speciali dictāte ratione securissima esse videtur, sicque intrepide

admittenda; ex quo scilicet promissio illa pactorum dotalium domnæ Beatricis de Foces extante primeua illa dispositione Laurentij de Heredia, iuxta quam huiuscemodi successio regulari debet; minime potuit præcise obligare præfatum Ioannem de Heredia maiorem ad eligendum vnum filium masculum posterioris matrimonij, sed tantum quoad interesse; prout inferius latius explicabo, ibiq; etiã diluetur difficultas quę oriri videtur aduersus supradictũ fundamẽtũ ex generali Hypoteca bonorum adhibita in pactis dotalibus Domnę Beatricis de Foces.

Quarto apertissime colligitur ex testamento Ioannis de Heredia maioris ab aduersario in processu exhibito, quod in pactis dotalibus domnę Beatricis de Foces nulla electio de præsenti contineatur, etiam natis postea filijs ex eo matrimonio, sed dumtaxat pactum quoddam personale seu promissio postmodum implẽda de eligendo aut nominando. Ait enim in eo præfatus Ioannes, quod in prædictis pactis dotalibus domnæ Beatricis de Foces se astrinxerat, & obligauerat ad disponendum de bonis prædictis in vnum filium masculum legitimum ex eo matrimonio suscipiendum. De inde subiungit, quod adimplere cupiens prędictam promissionem instituebat hæredem in hijs bonis Hieronymum de Heredia eius filium ex hoc secũdo matrimonio procreatum, sicque hijs verbis apertissime significauit, quod nulla cõtinebatur electio actualis & de pręsenti in prædictis pactis dotalibus, sed tantum modo quædã promissio postmodum ab eo implenda de disponendo aut eligendo in futurum vnum ex filijs masculis posterioris matrimonij.

Quinto. Quia pręfata promissio pactorũ dotalium domnæ Beatricis de Foces non fuit directa in certam, ac determinatum personam. Ideoque electionem inducere nequit. Neque enim promissit Ioannes de Heredia maior se electurum, aut nominaturum in indiuiduo vnũ certum filium istius secundi matrimonij (Neque enim poterat, cum nullus adhuc filius ex eo matrimonio natus fuisset.) neq; etiam in specie certam aliquam designauit personam promittens scilicet eligere, vel nominare primogenitum, aut secundo genitũ illius secundi matrimonij; sed potius promissit in genere se dispositurum, aut ordinaturum de omnibus bonis in præsenti processu apprehensis in vnum filium masculum istius secundi matrimonij; quem ipse postmodum eligeret, aut nominaret. Vnde pluribus postea filijs masculis susceptis ex huiusmodi secundo matrimonio, omnino vaga, ac incerta remansit ea promissio nulla certa ac determinata persona designata, sicque ex ea nulla electio de præsenti suboriri potest, prout tradit in simili post Salicetum, in l. in vendentis. C. de contrahenda emptione, Petra

de fi-

de fideicommissis. quæstio. 8. num.157. in fine.

Sed obiicit nobis aduersari⁹, quod in pactis dotalibus Dõnæ Beatricis de Foces, electus fuit vnus filius masculus legitimus, istius secundi matrimonij: quẽ ipse Ioannes de Heredia, postmodum designaret. Quod sufficit ad exclusionem filiorum primi matrimonij; cum fuerit facta electio, de incerta persona de certis, quæ ex futura designatione poterat certificari. Qua designatione non facta ministerio legis, huiusmodi bona defferri debebant Hieronymo de Heredia, filio primogenito istius posterioris matrimonij propter prohibitã istorũ bonorũ diuisionẽ. Vnde sicut contractus, & vltimę volũtates, possũt cõferri in personã incertã: quæ ex futuro euentu potest certificari, & declarari, vti probat tex. in l. vter ex fratribus, de conditionibus institutionum. tex. in l.2. in §. si quis ita, de bonorum possessione secundum tabulas. tex. in §. incertis, in institutionibus de legatis cũ pluribus congestis per Gomezium tomo.2. variarum. de qualitatibus contractuũ. cap.11. nume.8. versi. septima conclusio: ita etiã ipsa electio, poterit conferri in personam incertam, quæ ex futuro aliquo euentu, possit certificari.

Huic namque obiectioni respondeo, quod si electionis actus, qui ex se purissimus, ac simplicissimus censetur, quique nullam diei aut conditionis suspensionem admittere potest, vt docet tex. expræssus. in l. actus legitimi de regulis iuris, & in c. actus eod. tit. de regulis iuris. lib. 6. conferri posset in personam incertã, ex futúro aliquo euentu certificandam, vel ex designatione, aut declaratione postmodum a grauato facienda, quæ se habeat ad esse, & ad non esse consequenter, etiam esset dicendum actum optionis, vel electionis suapte natura purissimum, conditionem, & suspẽsionẽ admittere posse. dispositio namque collata in personam incertam de certis, quæ venit certificanda ex futura designatione, aut declaratione postmodum a grauato faciẽda non censetur pura, sed potius conditionalis, prout tradit glosa finalis in l. cum quidam de leg.2.

Et post glosam Albericum, & Castrensem in d. l. vnum ex familia, in §. itaq. in fine de leg. 2. tradunt Berengarius Ferdinandus, & Petrus Peralta in locis superius allegatis. Vnde cũ naturæ ac substantiæ optionis, vel electionis repugnet quod ea conditionem admittat d. l. actus legitimi vbi cõmuniter scribentes consequenter etiam infertur electionem ipsam nullatenus conferri posse in personã incertam; quæ ex dubio & conditionali euentu venit certificanda sicque ex vaga illa & incerta promissione de eligendo vnũ ex filijs posterioris matrimonij nullatenus validã, nec legitimam electionem suboriri potuisse: cum non fuerit designat⁹, certus filius, neq. in specie,

nec in indiuiduo, quod pro validitate electionis, omnino necessariũ esse videbatur; ex quo ipsa in suspenso stare nequit.

Sed sto, quod electionis actus in suspenso esse posset, sicq. suspensionem admiteret; adhuc tamen videtur, quod ea promissio nullatenus habere possit, vim electionis actualis, ex quo in ea, nec specifica, nec indiuidualis designatio facta fuerit alicuius certi filij istius posterioris matrimonij. Id enim saltem supererat, agendũ ad integrale ipsius electionis, complementum, & perfectionem: quod scilicet ea designatio fieret; qua non facta perfecta, nec completa electio, ex promissione resultare nõ potest. Quia actum non dicitur dũ aliquid superest ad agendum. l. cum Syllanianum. C. de his, qui bus vt indignis. glosa in cap. 1. de Sacramento non iterando. Cõprobatq. ex pluribus Decian. cons. 8. nu. 250. volu. 1. Nec enim perfecta, & completa electio dici potest, vbi aliquid restat faciendum: quod ipsius perfectionem, & complementum respiciat. tradit Gamma, d. decis. 282. n. 1. ibi (nõ iudicabitur nominatio perfecta, nisi hijs adiungantur alia; quę perfectionẽ actus respiciunt, argumento eorum, quæ notat Bartolus. in l. 1. C. de Summa Trinitate, & fide Catholica) Petra de fideicom. q. 8. num. 147. vbi ait quod ex promissione, seu destinatione de vendendo, aut eligendo; non resultat electio, vel venditio de præsenti, vbi restat declaranda persona, vel res ex qua constat ipsa promissio. latissime Rodericus Suarez, dicto cons. 7. nu. 22. versiculo Præterea. vbi eleganter inquit, quod si post promissionẽ de vendendo, aliquid restat agẽdum: quod ad perfectionem actualis venditionis pertineat; veluti alicuius conditionis implementum, aut confectio scripturæ, de qua fuit facta mentio in promissione: quod tunc ex promissione de vendendo, non resultat venditio. Quod idem etiam propter omnimodam identitatem rationis, dicendum esse videtur in promissione de donando, eligendo, aut disponẽdo, de qua modo agitur.

Ex quo igitur dictus Ioannes de Heredia, maior in pactis dotalibus Marquesię Boteller nõ habet restrictam eligendi facultatem, ad tẽpus mortis: sed potius simpliciter & indefinite: vt tam in vita, quã in morte, eligere poset, ideoq. quolibet tempore ipse eligat: verificetur in primo electo fideicommissum, electiuum istorum bonorum. vt post Bartolũ, Albericũ Castrensem, & alios, in l. vnum ex familia. in §. 1. resoluit Caldas Pereira dicens, communem de iure emphyteutico. 3. p. cap. 5. n. 1. consequenter dicendum est promissionẽ pactorum dotaliũ Beatricis de Foces, nõ obstare quia prius quam illa, suam vltimam perfectionem, ac integrale complementum accepisset, per specificam, seu indiuidualẽ designationẽ alicuius, certi filij secundi matrimonij. Sicq. prius, quam

quam ipsa promissio vim actualis,& effectualis, donationis habere posset; actualiter,& effectualiter electus fuit ; præfatus Ioannes de Heredia, cliens in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert,in ipsoq. vti primo electo, fuit verificatum fideicommissum, electiuũ pactorum dotalium Marquesiæ de Boteller, idcirco subtili ac optima ratione concludendum esse videtur præfatam promissionem protinus euanuisse, ac fuisse caducatam:prout in similibus promissionibus,de donando, vel vendendo,quas actualis,& effectualis donatio, vel venditio in alterius fauorem subsecuta est, concludit eleganter post Castrensem, Ruynum, Angelum, Immolam,Iasonem, Tiraquellum, & alios, Menochius dicto consi.122.nume.22.& 24. & ipse latius prosequar inferius, vbi oportunior erit, hac de re disserendi locus.

Nec facesit negotiũ, quod aduersarius obijcit nimirum, quod nulla facta nominatione certi filij istius posterioris matrimonij ab ipso Ioanne promissore ex dispositione legis tacite cẽsebatur electus, vel vocatus Hieronymus de Heredia primogenitus istius posterioris matrimonij, ex quo prohibita fuit istorum bonorum diuisio, eaque debebant integra in vnũ filium deuenire Respondetur etenim id procedere potuisse, si vltra promissionem de eligẽdo pactorum dotalium domnæ Beatricis de Foces, nulla alia anterior dispositio præcessisset, quæ primitus ac principaliter esset attendenda,at in casu nostro præcedit primeua illa dispositio Laurentij de Heredia vinculantis, iuxta quã huiusmodi successio debet regulari. in ea enim fuit prohibita omni genã istorum bonorum diuisio dataq; electio Ioãni inter filios, sicque in casu electionis non factæ vt effectum habeat præfata Laurẽtij dispositio qui fideicommissum electiuum construxit in fauorem filiorum Ioannis de Heredia prohibita diuisione bonorum intrat dispositio legis quę isto casu primogenitũ præfati Ioanis ad huiusmodi successionem admittit.inter filios autem Ioannis non Hieronymus, sed potius Ioannes de Heredia cliẽs primogenitus esse cẽsetur, ideoque ipse eo in casu ex dispositione legis, tacite censetur electus & nominatus ad huiusmodi successionem vti resoluit Molina de primogenijs Hispanorum.lib.2.c.4.n.42.vbi refert Gregoriũ Lopez, & alios dicẽs communem & posteos eleganter Caldas Pereira respon. 7. num,10.

Vnde minime nobis obstabit doctrina Ioannis Andreę,in additionibus ad Speculatorem, in rubrica de obligationibus,& solutionibus,vbi ait quod qui promissit infra certũ diem, se obligaturum ad dãda mihi decem; quod adueniente eo die, poterit directo promissor ad danda mihi decem, conueniri absquè eo quod primo cõpelli debeat

 ad se

ad se obligandũ: Quia ratione vitandi inutilis circuitus: qui se obligaturum promisit, statim habetur pro obligato. Quã quidem doctrinam Ioannis Andreę sequitur Bursatus cum aliis in cons. 101. nume. 16. lib. 1. Qui in terminis doctrinæ Ioannis Andreæ, subtiliter addit: quod quamuis in actibus; qui ad sui productionem & existentiam, requirunt factũ extrinsecũ corporeũ promissio faciendi actũ differat, ac distinguatur ab actu iã formato, & inesse producto, eo quod ad horum actuũ, productionẽ non sufficit sola volũtas promittentis, sed simul cum ipsa cõcurrere debet factum extrinsecum corporeum, prout in promissione ascendendi arborem, ædificandi domum, & similibus attamen in actibus: qui ad sui productionẽ, & existentiã, non requirunt factum extrinsecum corporeum, sed qui ab ipso consensu & voluntate dependet (prout est vẽditio donatio, vel obligatio) promissio faciendi actũ omnino reputatur pro actu, nec differt ipsa promissio ab actu iam formato, & in esse producto; imò eundem operatur effectum. Quibus assentiri videtur Iacobus Menochius. cons. 92. in princi. vbi iuxta doctrinam Ioannis Andreæ resoluit ex pluribus; promissionem de donando, factam in fauorem cuiusdam. Quartarij realem, ac effectualem donationem, producere eundemq. effectum operari, ac si actualiter & de præsenti facta fuisset donatio; ideoquè ipsum promissorem directo compelli posse ad traditionem rei, quę fuit in promissione deducta.

Hęc enim omnia facile ex su pradictis vitari possunt, etenim (vt ommittam: quod doctrinam Ioannis Andreæ, quã sequntur Bursatus, & Menoch. vbi sup. in specie reprobauit Decius in l. cum fundum in §. seruum tuũ imprudens, si certum petatur: Galiaula in rubrica de verborum obligatione. num. 11. Rolandus dict. cons. 69. num. 25. volum. 3. Thomas Grammaticus. decis. 103. num. 187. Siluanus. cõsi. 103. num. 30. Cæphalus. cons. 66. numero. 25. vt etiam ommittam, quod aduersus eam stat, magis communis Doctorũ sententia, de qua supra quatenus ea indistincte admittit promissionẽ de vendendo, donando, vel eligẽdo: nõ equipollere donationi, vẽditioni, vel electioni actuali, neq. eũdẽ operari effectũ, imo ab ipsa distingui. Ex multis aliis supra positis obiectionibus respondetur, quia quamuis opinio Ioannis Andreæ Bursati, Menochij, & aliorum; in terminis in quibus ipsi loqũtur, esset verissima, securissimeq. procederet: minime tamen nobis obstaret ex infra dicendis.

Primo. Quia Ioãnes Andræas, & alij loquntur in casib⁹, in quib⁹ promissio de vendẽdo. donãdo, vel de se obligãdo; facta fuerat in fauorem certæ, ac determinatæ personæ, & vbi in ipsa promissione explicite expressa, ac declarata fuerãt ea omnia, quæ

quæ ad formã, & ſubſtãtiã act⁹ pertinebant. Ita quod nihil reſtabat agendum, vel declarãdũ; nec vllum aliud ſuberat impedimentum ad elliciendum actum ex promiſsione, niſi verba ſuſpẽſiua, & de futuro, quibus promiſſio concepta erat; vt ſi promiſſio de donando, fuiſſet facta in fauorem certæ, ac determinatæ perſonæ, de qua cõſtabat de præſenti, nihilq. aliud obſtaret ad inducendam donationẽ de præſenti, niſi verba ſuſpenſiua, & de fururo. Aut ſi in promiſſione de vendendo, eſſet etiã expræſſa certa perſona, rurſuſq. facta eſſet declaratio certi pretij, demumque concurreret reciproca emendi promiſſio. Hijs enim omnibus expreſſis, ac explicite declaratis in promiſsione nullum aliud suberat impedimentum ad exiſtentiam cuiuſdam cõpletę, & perfectæ venditionis, niſi verba ſuſpenſiua, & de futuro, vnde in hijs caſibus facilius admiti poterat, quod promiſſio de vendẽdo, donando, aut eligendo equipolleat per omnia venditioni, donationi, aut obligationi actuali non obſtantibus verbis de futuro propter rationem vitandi inutilis circuitus. Erant enim hij caſius facilioris circunſtantiæ, quam ſit caſus in quo nos verſamur. Vbi vero poſt promiſſionem de vendendo, donãdo, aut de ſe obligando, aliquid reſtat faciendum quod perfectionem actus reſpiciat; tunc ex promiſsione de vendendo, aut donando nullatenus habetur profecta ipſa donatio, vel vẽditio, etiam ſecundum eos, qui ſequuntur Ioannẽ Andreã vti colligitur ex Matienço lib. 5. recopilationum titul. 6. glo. 7. n. 4. qui quamuis aſſentiri videatur opinioni Ioãnis Andreę; poſtea tamen ſubiungit hęc verba; quę plurimum conferunt ad propoſitũ noſtrũ: (Quia vendere vel fide iubere locare, vel aliàs cõtrahere etiã matrimoniũ promittens ad id faciendum compelli poteſt; non tamẽ habetur pro facto, quia reſtat aliquid ſolemne faciẽdum, noſtra autem in ſpecie ad circuitum vitandũ habetur donatio, vel obligatio, profacta ex promiſsione; quia nihil aliud reſtat faciendum, quod maiorem ſolemnitatem requirat, ſic & promiſsio renuntiãdi hęreditatem eo ipſo facta cenſetur, quia nihil aliud reſtat faciendum.

Cum igitur in caſu noſtro promiſsio de eligendo, aut donando vaga, ac incerta ſit nullaque in ea certa, ac determinata perſona deſignata fuerit, Ideoque ad electionis complementum, & perfectionem ſaltim ſuper ſit facienda ſpecifica, vel indiuidualis deſignatio vnius ex filijs poſterioris matrimonij. Ideo nullatenus dici poteſt, quod electio, aut nominatio facta maneat in promiſsionẽ, neque etiam huic caſui aplicari poteſt doctrina Ioannis Andreæ eorumque qui illam ſequuntur.

Secundo, non habet locum doctrina Ioãnis Andreæ in caſu no

su nostro: Quia (vti iam superius dixi) nos agimus de implemento illius cōditionis sub qua quilibet ex fratribus disiunctiue reperitur vocatus, in pactis dotalibus Marquesiç de Botellez, nēpe si eligatur, aut nominetur a patre; vtrum scilicet ea cōditio verificata, ac impleta fuerit in persona Ioānis de Heredia cliētis, propter actualē, & effectualem electionem de eo factam in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert: an vero fuerit impleta, & verificata in promissione de eligendo facta in pactis dotalibus Domnæ Beatricis de Foces. Vnde quamuis in casibus, in quibus loquntur Ioannes Andræas, Bursatus, Menochius, & Matienzo, in quibus non agebatur de implemento alicuius cōditionis; promissio, de vendēdo, donando, aut eligendo, fictitie, aut præsumptiue haberi posśit pro donatione, venditione, vel electione actuali iuxta prædictorum Doctorum Sententiam. Non tamen id in casu nostro locum habere poterit, cum in eo agatur de implemento illius conditionis, sub qua quilibet ex fratrib9 reperitur vocat9 ad prædictorum bonorū successionē; eaq. sit propria, ac genuina ipsius conditionis natura, vt in forma specifica, verequè, ac proprie, & non secundum fictionē, debeat adimpleri, potiśsimū in hoc Regno, in quo omnis interpretatio fictitia, vel præsumptiua protinus reiecta, ac explosa est.

Tertio. Quia Ioannes Andræas (quem sequntur Bursatus, Matienzo, & alij superius allegati) loquitur in promissione ab aliquo facta, de se obligando ad danda decem, in qua ipse promissor præcisse tenebatur ad dādum. Quamuis in hac specie obligationis idem omnino esset, si ipse promissor tantūmodo teneretur ad interesse; ex quo inter ipsam quantitatem deductā in promissione, & eius æstimationē, vel interesse parū, aut nihil intersit; ideoq. si in casu Ioannis Andreæ, promiśsio de se obligando ad danda decē, nō induceret obligationē actualē, neq. ipsa haberetur pro actuali obligatione; daretur circuitus prorsus inutilis, & sine effectu inter ipsum promissorem, & eum cui fuit facta promiśsio; quod omnia iura velis, remisq. fugiunt, & aborrent; ex quo circuitum inutilem, & sine effectu prorsus vitandum esse præcipiunt. vti patet in l. cum fundū. in §. seruum tuum imprudens. si certum petatur. l. dominus testamento. de condictione indebiti. & notatur in Clemētina. auditor. de rescriptis. expræśsimquè reddidit eam rationem ad doctrinā Ioannis Andreæ Grāmaticus. d. deciś. 103. nume. 188. Petra de fideicommiśsis. d. q. 8. num. 159. verś. quartus casus, & inferius. numer. 189. Vincentius Carrotius de locato, & conducto. titulo de promiśsione locandi. num. 8. atquè etiam Ioannes Matienzo vbi supra, & ante eos Iason in d. l. cum fundum. in §. seruum tuum imprudens. num. 5. si

5.si certum petatur. At nos sumus in casu, in quo hæc ratio vitandi inutilem circuitum, omnino cessat; ex quo versamur in promissione de disponẽdo, aut eligẽdo, quæ in mero facto cõsistit; in qua ipse promissor præcisse compelli non potest ad implendum factum in ipsa promissione deductum, sed tantum ad interesse prout in qualibet alia obligatione faciendi hoc regulariter admissum, ac receptum est: quodq. in casu nostro omnino admittẽdũ esse videtur speciali dictante ratione; de qua mox plura subiiciam.

Tũ & etiã cessat ex alio ratio vitãdi inutilis circuit⁹ in casu nostro. Quia negari nõ potest; quin plurimũ intersit Io. de Heredia promissori: ꝙ ea promissio đ eligendo, aut disponendo intra terminos cuiusdam simplicis promissionis (prout verba suadent) contineatur, neq. ipsa habeat effectum actualis, vel effectualis electionis. Quia tunc, quasi non facta electione đ aliquo, ex filiis posterioris matrimonij; integra, intacta, ac illibata manebat ipsa eligendi facultas; qua deinde vti poterat pro arbitrio præfatus Ioannes de Heredia promissor, in fauorem filiorum primi matrimonij. Etenim eligendi facultas non censetur cõsumpta, nec euacuata; nisi vbi grauatus eligere, ea vsus fuerit in fauorem alicuius ex nominatis, ipsum actualiter eligendo. Ideoq. perperam ad casum nostrum applicatur doctrina Ioannis Andreæ: cũ in eo prorsus cesset ratio vitandi inutilẽ circuitum; in qua se fundat prædictus Ioãnes Andreas, ac cęteri qui eum sequuntur:

Vltimo. Quia huiusmodi promissio, vel obligatio pactorum dotalium Domnæ Beatricis de Foces, de eligendo vnum ex filiis masculis nascituris ex huiusmodi secundo matrimonio, nequaquam efficax esse potuit in vita præfati Ioannis promissoris; vt virtute illius ipse compelli posset, ad eligendum, vel nominandum in vita vnum filium masculum posterioris matrimonij: etenim ipsa eligendi, vel disponendi obligatio fauorabiliter collata fuisse videtur in tempus mortis promissoris, vel obligati; vel ad minus in tempus quo illud matrimonium dissolueretur: quia ipsi Ioanni promissori, in prędictis pactis dotalibus Dõnę Beatricis de Foces, data est electio ad disponendum pro arbitrio inter filios masculos, quocumq. tempore nascituros ex hoc secundo matrimonio: ideoquè cum ipse Ioannes promissor permanserit, vsq. ad mortẽ in huiusmodi matrimonio, ideo dum vixit post promissionem libere potuit electionem ipsam, atq. horum bonorum dispositionem differre, vsq ad tempus eius mortis, prętextu aliorum filiorum nasciturorum ex hoc secũdo matrimonio: ex quo inter omnes filios quocumq. tempore nascituros ex hoc secũdo matrimonio, ipse habebat facultatem eligendi vnum, ommissis aliis; durabatq. ea spes procreã-

dorum

dorum filiorum vſq.ad mortem vt habetur in .l. Luciuſ.de hære di. inſtituen. .l. ex facto.in §. ſi quis autem ad Trebellianum cũ aliis congeſtis per Molinam de primo geniiſ.Hiſp.lib.3.c.10 nu. 20.

Vnde huiuſmodi promiſſio, vel obligatio pactorum dotaliũ D.Beatricis de Foces,đ diſponẽ do,vel eligẽdo vnũ ex filiis maſculis poſterioris matrimonij,col lata eſſe videtur intempus mor tis promiſſoris : quo ad hoc vt ipſe antea cõpelli,nec cogi poſ ſit ad eligendum,vel diſponendũ.Sicq. ante id tẽpus nullo pacto dici poteſt, quod ipſa promiſſio habeat effectũ actualisvel effectualis electiõis;quia vbi pro miſſio de vendend o, donando, vel eligendo diem, aut conditionem habet: etiam in terminis doctrinæ Ioannis Andreæ, non cenſetur habere vim,nec effectum actualis,vel effectualis donationis,venditionis,vel electionis,niſi adueniente die,vel conditione prout agnoſcit ipſemet Ioannes Andreas in loco ſupra citato,dum cõcludit,quod promiſſio ab aliquo facta de ſe obligando infra certum diem; non antea vim,nec effectum habet actualis, vel effectualis obligationis , niſi adueniente die, vel conditione, in quam promiſſio, vel obligatio collata eſt. Quod idem etiam poſt Ioannem Andream expræſſe tradiderũt Galiaula,in rubrica de verbo.oblg. num.115.Petra.d.q.8.nume. 157. Ioannes Matienzo vbi ſupra,dũ refert doctrinam Ioannis Andreæ,atq.etiam Rodericus Suarez.d.conſ.7.num.21. verſ.Præterea:ideoq. non obſtante doctrina Ioannis Andreæ (quæ vti ex his, quæ huc vſquè adducta ſunt liquidiſſime conſtat) minime ad caſum noſtrum adaptari poteſt,omnino concludendum eſſe videtur promiſſionem de eligendo, aut diſponẽdo in vnũ filiũ maſculum poſterioris matrimonij; nequaquam habere poſſe uim, ac effectum electionis actualis, aut ſaltim ex ipſa promiſſione , minime potuiſſe produci, neq. cauſari aliquam electionem actualem eo tempore,quo ipſe Ioannes de Heredia cliens actualiter, & effectualiter fuit electus in pactis dotalib9 Magdalenæ Ambert, quod ſufficere videtur ad hoc;vt in ipſo Ioanne de Heredia cliente, vti primo electo verificetur fideicommiſſum electiuum pactorum dotalium Marqueſię de Boteller, cum in illis Ioannes de Heredia maior, non habeat reſtrictam facultatem eligendi ad tempus mortis, ſicquè illud fideicommiſſum quolibet tempore electio fiat, verificari poſſit in primo electo.

Sed adhuc inſtat aduerſari9, quod quãuis præfata promiſſio pactorum dotalium Dõnæ Beatricis de Foces, vim electionis non habeat,ſed intra terminos, & cancellos ſimplicis cuiuſdam promiſſionis cõtineatur; adhuc tamẽ ea obſtat,ac excludit præfatum Ioannem de Heredia,cu ius

i-us partes agimus. Quoniam huiusmodi pacta dotalia, in quibus præfata promissio continetur, inita, & celebrata fuerunt in Aragonia: ideoquè regulari debent iuxta Foros, & Obseruantias huius Regni, iuxta quarum dispositionem obligatus ad factum præcisse tenetur ad factũ, nec soluendo interesse liberatur. Idq. propter carthæ vim, & efficatiã cui omnino in Regno standum est, vt in Obseruãtia.1. de æquo vulnerato. Obseruan. Item Iudex, de fide instrumentorum. Vnde cum præfatus Ioannes de Heredia maior ratione prædictæ promissionis astrictus, & obligatus remãserit ad factum, hoc est ad eligẽdũ, vel nominandum vnũ filiũ masculum posterioris matrimonij. Ideo præcisse tenebatur implere hoc factũ in ipsã promissione deductum, nec poterat soluẽdo interese liberari: sicquè eueniente casu obligationis (Natis nempê filiis ex eo matrimonio) si contra factum fuerit pro non facto habetur ipsaq. donatio electiua facta in fauorem Ioannis de Heredia primogeniti illius primi matrimonij, reduci debet ad nõ factam, perindeq. haberi, ac si non facta fuisset.

Huic namq. rationi, quam aduersarius vrgentissimam esse contendit, ac diffundit variæ possunt, & illæ quidem verissimæ, solutiones adhiberi. Primò namquè respondeo, quod Laurentius de Hetedia, ac cæteri contrahentes in pactis dotalibus Marquesiæ de Boteller expræsse disposuisse videntur: quod in eo quod attinet ad successionem filiorum Ioannis de Heredia donatarij, in vim prędicti fideicommissi electiui, minime attendantur municipales leges Aragoniæ; sed potius iura & constitutiones Principatus Cathaloniæ, vti colligitur ex quadam clausula prędictorum pactorum dotaliũ, ad quã ipse non aduerteram, cum hęc Typis mandari cęperunt; ita enim ea habet: *Volens & pactans, que en cas de restitucio de dot: Y en lo de les joyes, y en cas de successions se haya de estar a la disposicion d. les Constitucions generals del Principat de Catalunyá:* Ex quibus verbis apertè colligitur, quod non tantum voluerunt contrahentes in prædictis pactis dotalibus Marquesiæ de Boteller: quod illa dispositio Laurentij de Heredia regularetur iuxta generales Constitutiones Principat⁹ Cathaloniæ. Verumetiam ipsa filiorum successio; cum in omnibus casibus, qui causa & respectu istius successionis, poterant euenire stãdum esse voluerint Constitutionibus Principatus Cathaloniæ.

Vnde cum prædictę Constitutiones Principatus Cathaloniæ indubitanter admittant, & amplectantur dispositionem Iuris communis, quatenus habet; eum qui se obligauit ad factum non teneri præcisse ad factum; sed tantum in casu contrafactionis in eo quod interest conueniri

ueniri posse: prout hoc in viam Iuris cõmunis regulariter admissum, & receptum esse, satis superquè constat ex supradictis; nec enim quo adhoc ipsum Ius commnne correctum, aut limitatum reperitur in prædictis Constitutionibus. Nec etiã constat, quod in Cathalonia vigeat aliquod Statutum, quod sit standum cartæ prout in Aragonia.

Idcirco donatio electiua, facta in fauorem Ioannis de Heredia clientis nullatenus infringi, nec subuerti poterit, propter antecedentem promissionem pactorum dotalium Dõnæ Beatricis de Foces; cum illa promissio, attentis Constitutionibus Principatus Cathaloniæ, iuxta quarum dispositionem huiusmodi succesio regulanda esse videtur, non obliget præcisse promissorem ad implendum factum in ipsa promissione deductũ, sed tantũ ad interesse in casu contrafactionis.

Secũdo suprapositæ obiectioni respõdetur, ꝙ esto ꝙ in eo ꝙ attinet ad promisionẽ pactorum dotalium Domnæ Beatricis de Foces, essent attendendæ municipales Leges Aragoniæ, prout ipse ad supradictam clausulam non aduertens in superioribus premissi, ex inde colligens predictam promisionem non posse vim, nec effectum habere actualis, vel effectualis electionis: adhuc tamen præfata promisio, non obstaret in puris terminis simplicis promisionis manens; ex quo in casu nostrò speciali dictante ratione: non poterat Ioãnes promissor præcise se astringere, vel obligare ad eligendũ vnum filium masculum posterioris matrimonij; sed tantum ad interesse in casu contrafactionis, prout ex subiectis rationibus, & fundamentos meridiana, luce clarius apparebit.

Primo. Quia quilibet ex filiis masculis prefati Ioannis de Heredia disiuntiue, reperitur vocatus ad prædictorum bonorum succesionem ex dispositione Laurentij de Heredia, vti sæpius dixi; ideoq. præfatus Ioannes de Heredia maior, quod attinet ad succesionem filiorum istiusquè fideicommissi restitutionẽ, nullum aliud ius ipsi datum, vel attributum fuit a patre, preter nudam & solam electionem vt probat tex. in. l. vnum ex familia. in § 1. de leg. 2. tex. elegans in. l. pater ex prouintia de manumisis vindicta in illis verbis. (Sola enim electio personarum filio fuit commissa) ponderata dictione illa exclusiua sola: quem textum commendat, & expendit Petrus Peralta. in. d. l. cum quidã in principio, & per istum textũ id exprefse affirmauit Menochius. in consi. 407. num. 26. Idẽ Menochi. consi. 158. nume. 50. & 59. vers. sed admiso. Imo quod attinet ad electionem istorumquè bonorum dispositionem ipse Ioannes de Heredia maior, habebat se vti nudus minister, nec vllum aliud ius ipsi tributũ esse censetur præter nudum mini-

ministerium in eligẽdo, hoc est, factum ipsum, seu exercitium actus eligendi vt tradit. Paulus de Castro. in. l. vnum ex familia in. §. 1. num. 2. & ibidem Petrus Peralta. num. 6. in fine. Caldas Pereira de iure emphyteutico, & de potestate eligendi. 3. par. cap. 4. num. 3. Menochius dict. cons. 158. num. 50. & 59. vers. sed admisso.

Vnde Ioannes de Heredia elector, antequam iure eligendi vtatur, & sic exerceat illud factum electionis sibi commissum, non poterat mediante pacto pręcisse se astringere ad eligendum vnum ex filiis posterioris matrimonij, excludẽdo ea via filios primi matrimonij, eosquè inhabiles, & incapaces efficiendo huiusmodi successionis: ad quam ipsi ius habebant ex dispositione aui. Quamuis enim id facere posset actualiter eligẽdo aliquem ex filiis posterioris matrimonij; & sic exercendo factum illud electionis, sibi commissum: minime tamen poterat ante actualem electionem alicuius ex filiis posterioris matrimonij, excludere filios primi, ita vt respectu illorum vana, ac caduca maneret pręfata Laurẽtij dispositio, cum ipse quoad successionem filiorum in huiusmodi fideicommisso electiuo, nullum aliud ius habeat præter nudam, & solam electionem, nec filii primi matrimonij aliter excludi possint facto ipsius Ioannis electoris; nisi defecta conditione, sub qua illi vocati erant, nempe facta electione actuali de aliquo ex filiis posterioris matrimonij.

Secundo: Quia Ioannes de Heredia elector, cui tantum electio inter filios commissa est, nõ potuit eam conditionem adiicere de nouo fideicommisso, vel maioratui electiuo a Laurentio conscripto in pactis dotalibus Marquesiæ de Boteller; quod scilicet filius postea eligendus, vel nominandus ad succesionem prædicti fideicommissi electiui omnino esse deberet de liberis posterioris matrimonij; ita quod filij prioris matrimonij nullatenus in eo succedere possent. Quamuis enim actualiter eligendo aliquem ex liberis posterioris matrimonij, ipsos excludere posset ab huiusmodi fideicommisso. Non tamen poterat ante huiusmodi actualem electionem ipsos incapaces efficere huiusmodi successionis, adiiciendo de nouo eam conditionem fideicõmisso, vel maioratui electiuo a patre cõscripto in prioribus pactis dotalib⁹, receptũ est enim eũ qui ex alteri⁹ dispositione grauatur, restituere fideicõmissũ, vel maioratũ, nõ posse nouas cõditiones adiicere, vel aponere fideicommisso, vel maioratui. argu. text. in. l. vnum de familia. in §. si de falcidia & in. §. sed si fundum de legatis. 2. l. si arrogator cum similibus de adoptionibus, tradit ex pluribus Ludouicus Molina de Hispanorum Primogeniis. lib. 1. cap. 8. num. 21. Petrus Peralta in. l. 3. in. §. qui fideicommissam. num. 53. de hæredibus instituendis. Couarruuias. in. cap. si hęredes. num. 9. de testamentis.

Et si

Etsi enim Ioannes de Heredia elector in bonis liberis eam legem, quã vellet imponere posset, in præiudicium filiorum primi matrimonij; non tamen hoc idem facere poterat in bonis vinculatis, subiectisq; fideicommisso, vel maioratui electiuo, ex dispositione Laurẽtij de Heredia: argumento tex. in.l.cum filius familias de militari testamento. Ibi (quia hæreditatis quidem suę miles, quam vellit substitutionem facere potest; non tamen alienum ius minuere poterat) cum pluribus congestis per Petrum Peralta vbi supra.

Tertio. Quia in pactis dotalibus Marquesiæ de Boteller, ea erat prę scripta, & designata forma huic succesioni, vt scilicet omnia bona integra, & sine vlla diminutione deuenirent in vnum ex filiis masculis legitimis præfati Ioãnis de Heredia, quem ipse voluisset: quæ quidẽ forma, nec alterari, nec mutari potuit, facto ipsius Ioannis electoris. d.l.cum filius familias, vbi Bal. & communiter Doctores de militari testamento, comprobatq. ex pluribus Peralta. in d. §.qui fideicommissam. num. 53. & 54. post Tiraquellum de primogenitura. quæst. 21. nume. 4. Vnde Ioannes de Heredia elector, non poterat aliquo pacto efficere, quod verificata conditione fideicommissi electiui in aliquo ex filiis masculis cuiuscũquè matrimonij, per actualem electionem de eo factam, non sortiatur in eo suum effectum dispositio Laurentij de Heredia, quæ (facta hypothesi de quá supra) indistincte, & generaliter vocabat vnum filium masculũ legitimum cuiuscumq. matrimonij, qui electus, vel nominatus fuisset. Ideoq. cum remanẽte promissione pactorum dotalium Domnę Beatricis de Foces, in puris terminis promissionis, nulla in ea actuali electione præsupposita alicuius ex filiis posterioris matrimonij, secũdum tenorem dispositionis Laurentij de Heredia, etiam post promissionem factam necessario verificetur electionis conditio: (quæ in mero illo eligẽdi facto cõsistebat.) in quolibet filio primi, vel secundi matrimonij, qui post promissionem primo electus, vel nominatus fuerit; ideo in eo non poterit non effectum sortiri dispositio Laurentij de Heredia; iuxta quam indistincte vocatus reperiebatur vnus filius masculus legitimus, præfati Ioannis, qui ab ipso nominaretur, vel eligeretur. Sic què præfata promissio pactorũ dotalium Domnæ Beatricis de Foces, in puris terminis simplicis promissionis manens, nullatenus incommutabiliter, excludere potuit filios primi matrimonij ab huiusmodi successione.

Quarto hoc probari videtur ex tex. in. l.cum pater. in. §. a filia. de legat. 2. cui consonat etiã tex. in. d. l. vnum ex familia in principio. eod. titulo: in quibus iuribus habetur: quod si hæres fuit grauatus restituere hæreditatem

atem vni de familia, quem ipse eligeret tempore mortis, ipseq; hæres grauatus fecerit, ante id tempus promissionem de eligẽdo aliquem de familia, aut (quod magis est) fecerit dõationem inter viuos vni de familia, quod ex eo cæteri de familia, nullatenus cẽsentur irreuocabiliter, vel incommutabiliter exclusi a successione prædicti fideicommissi; ad quod ipsi ius habebant ex dispositione testatoris, nec ex eo impediri potest eorum successio: quo minus postea si eligantur tẽpore mortis ipsi succedere possint. Sicq. in his iuribus communiter notant scribentes, hęredẽ grauatum, de restituenda hęreditate vni de familia, tempore mortis, qui nullum aliud ius habet in restitutione fideicommissi, præter nudum, & solum ius eligendi restrictum, & limitatũ ad tempus mortis, nullo pacto posse irreuocabiliter, & incommutabiliter excludere eos de familia, nisi eligẽdo tempore mortis vnum de familia, sicq. tempore mortis vtendo limitata illa facultate quæ sibi data est ad eligendum. Ergo ad eundem modum, in casu nostro concludendum est; quod quamuis Ioannes de Heredia maior, non habeat restrictam eligendi facultatem ad tempus mortis, sed simpliciter, & indefinite; ex quo tamen in restitutione prędicti fideicommissi, nullum aliud ius habebat, pręter nudam, & solam electionem, hoc est factum executiuũ eligendi, ideo ipsum non posse, nisi hoc iure eligendi vtatur, actualiterq. eligat aliquem ex filiis masculis posterioris matrimonij, irreuocabiliter, vel incõmutabiliter excludere filios primi matrimonij, qui ius habebãt; ad succedendum ex dispositione aui.

Ex quibus apertissime colligitur; quod in casu nostro omnino locum habere debet dispositio iuris communis, quatenus habet, quod obligatus ad factum, non tenetur pręcisse ad factum, sed tantum ad interesse in casu contrafactionis; ex quo in casu nostro propter subiectam materiam promissionis, non potuit illa promissio pactorum dotalium domnæ Beatricis de Foces, pręcisse obligare promissorem ad factum, hoc est, ad præcisse eligẽdum vnum filium masculum posterioris matrimonij, sed tantum ad interesse in casu cõtrafactionis, nec ea obligatio eligendi aliquo pacto substineri poterat, nisi tantum in id quod interest ea contracta esse dicatur. Ideoq. ea non obstabat Ioanni promissori, quominus post ipsam promissionem ipse eligere posset, (prout elegit) aliquem ex filiis masculis prio ris matrimonij, prout communiter resoluunt Doctores in eo, qui promisit cum iuramento rem suam alicui vendere, vel donare. Namq. non obstante antecedẽtepromissiõe de vendẽdo, vel donando poterit, postea alteri eadem rem vendere, vel donare in eumq. transferre dominiũ vti in specie resoluit Imola in cap. cum contingat num. 79 de iure iurando. Iasson in l. quo-

G ties

ties.n.34.C.de rei vendicatione. † Idē in l. in bone fidei.nu. 7. de eo quod certo loco Suarez cons. 7.num.10.vers. sed vbi dominus. Gamma.decis. 372.in fine.Rolandus dicens communem. cons. 69.numer.22.vol. 3. Iasson.cons. 117.col.2.in fine.vol.1. eleganter Menochius post Angelum. Iassonem,& Tiraquellū in cons.122. n.22.Couarruuias in cap. quamuis pactum.1.par.§.4.nu.2.Matiēcus lib. 5. recopilationum titu. 10.l.3.glo.13.un.4.

63 † Tertiò principaliter respondeo suprapositę obiectioni: quod etiam si virtute promissionis pactorum dotalium domnæ Beatricis de Foces, Ioannes de Heredia maior præcisse posset compelli ad factū,propter cartæ vim & efficatiam;adhuc tamen minime poterit infringi, ex vi dictæ promissionis donatio electiua facta in fauorem Ioannis de Hereda clientis, in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert. Quoniam per promissionem de eligendo in puris terminis simplicis promissionis remanentem (prout modo eam consideramus) nullo pacto dici potest, translatum fuisse dominium in aliquem ex filiis masculis posterioris matrimonij. Quia promissio de vendendo, donando,aut eligendo ex se, nō est apta ad transferendum dominium neq. aliquod ius reale vti post Alexandrum,Decium,Immolam,Iasonem, Alciatum, Tiraquellum, & alios, considerat eleganter Menochius dicto cōsi.122.nume.22. Tumetiam; quia post promissionem pactorū dotalium domnę Beatricis de Foces,non fuit facta traditio istorum bonorū alicui ex filiis masculis posterioris matrimonij: quæ omnino necessaria est, ad translationem dominij, etiam in Aragonia vbi nō est actum, nec conuentum inter partes, quod ex solo instrumento transferatur dominium:vt expræssim habetur in foro Vnico. de acquire possessione, traditq. eleganter, eruditissimus, ac integerrimus dominus Martinus Monter, in repetitione. l. traditionibus. C. de pactis.num.7.

Vnde retento post promissionem dominio istorum bonorum;nec eo translato in aliquē ex filiis masculis posterioris matrimonii.quonam pacto dici potest,quod præfatus Ioannes promissor in pactis dotalibus domnæ Beatricis de Foces vsus fuerit eligendi facultate sibi competenti in fauorem filiorum posterioris matrimonij? aut quod eligendi facultas fuerit consumpta in promissione, respectu filiorum primi matrimonij, non translato dominio,nec possessione in aliquem ex filiis masculis posterioris matrimonij?Sicq. ex hac viua,ac efficaci ratione concludendum esse videtur eligendi facultatem quę Ioanni de Heredia maiori competebat virtute priorum pactorum dotalium omnino intactam atq. illibatam remansisse post præfatam promissionem de eligendo, quæ in puris terminis simplicis promissionis remansit.Ideoq. nihil postea obstare potuisse præfato Ioāni promissori; quominus post ipsam promissionem libere vti pos

ſet ea eligendi facultate quę adhuc conſumpta non erat in fauorem filiorum primi matrimonij.

37 † Quod eo amplius confirmatur; etenim vbi agitur de aliquo actu lucratiuo (prout eſt promiſſio de donando, vel ipſa actualis donatio) ſi ex illo actu lucratiuo alteri perfecte ius quæſitũ non eſt & ſic res eſt integra licita eſt de iure penitẽtia poteſtq. libere bonorum dominium in alium irreuocabiliter transferri ita vt ſpes conſequendi rem donatam, vel promiſſam quam habet primus donatarius, vel is cui facta eſt promiſſio de donando nullatenus ſit in conſideratione ad impediendam translationem dominij. Vti poſt Alexandrum, Matheum de Aflictis, Lucam de Pena, tradit elegãter Menochi⁹ conſ.388.nu.40. cum ſequẽtibus conferuntq. adducta per eundẽ Menochium.d.conſ.122.n. 22. & per Ioãnem Matienzo lib.5. Recopilationum.tit. 11.l.7.glo.6.n. 6. & per Gometiũ in .l.40.Tauri. nu.28.infine.

Ex quo igitur filijs poſterioris matrimonij ius perfecte quæſitum non eſt ex promiſione, cũ in eos non fuerit traslatum dominium nec etiam poſeſio; inde eſt quod præfata promiſio de eligendo neutiquam impedire poteſt translationem dominij in filios alterius matrimonij, nec eorum ſucceſionem inuertere, aut impedire, etiamſi aduerſario ex Hypoteſi concedamus præfatã promiſionem pręciſe obligare ad implendum factũ in ipſa promiſione deductum; etenim ea obligatio præciſſe adimplendi factum omnino ceſſauit facta donatione electiua Ioanni de Heredia cliẽti in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert. Quia per huiuſmodi actualem, & effectualem electionem purificatũ fuit fideicõmiſſum electiuum pactorum dotaliũ Marqueſiæ de Boteller, nec erat poſtea in facultate Ioannis promiſoris adimplere factũ, quod promiſerat in pactis dotalibus domnæ Beatricis de Foces; ſicq. ceſſante facultate in promiſore ad implendum factum promiſſum, omnino ceſſare debuit neceſitas illa, ſeu obligatio præciſa ad implendi factum, † ex quo 38
hoc caſſu ſubintrat; ac ſuccedit obligatio ad intereſe. Vt tradit gloſa in §.præcium.inſtituta. De emptione, & venditione, Iaſon in §.actionum nu.137 inſtitut.de actionibus. Bartolus, & Alexander in .l. ſtipulationes non diuiduntur.de verb.obligatione Menochius conſ.92.num. 63. Antonius de Petra de fideicommiſsis. q.8.nume.219. Qui in terminis.l. quoties. C. de rei vendicatione eleganter conſiderat, quod quãtis vbi alicui eſt facta venditio alicuius rei præciſſe teneatur vẽditor ad rem tradendam nihilominus præualet ſecunda venditio poſtea facta cum traditione, prout ita diſponit tex.in d.l.quoties, quia facta alteri venditione cum traditione in eumq. translato dominio, non erat in poteſtate promiſſoris adimplere factũ promiſſum, ſicq. debuit tunc ceſſare obligatio præciſſe rem tra-

dendi, atq. in eius locum supponi, & subrrogari obligatio ad interesse: quod idem etiam post alios expræssim affirmauit Couarruuias lib.2.cap.19.n.1.

Vlterius obiicit aduersarius,
93 † quod in pactis dotalibus dōnę Beatricis de Foces implicite cōtinetur prohibitio de non alienando, aut disponendo, nisi in filios masculos posterioris matrimonij, ex quo ipse Ioānes de Heredia maior se astrinxit & obligauit ad disponendum, vel eligēdum vnum filium masculum posterioris matrimonij. Vnde cum vltra implicitam prohibitionem de non alienando, aut disponendo, adhibita fuerit hypoteca, vel obligatio bonorum pro obseruatione, vel executione cōtractus; ideo omnino censetur impedita translatio dominij in filios alterius matrimonij, consequenterq. interdicta electio filiorum primi matrimonij. l. si creditor. in.§.finali.vbi notat Bartolus.de distractio.pignor.traditq. ex pluribus Tiraquellus de retractu conuentionali. § 3. glosa vnica. num. 6.

40 † Sed equidem plumbeo iugulamur gladio: etenim in pactis dotalibus domnæ Beatricis de Foces, non ea fuit adiecta, vel apposita hypoteca, quæ translationem dominij, aut electionem filiorum primi matrimonij impedire possit: neq. enim Ioannes promissor specialiter obligauit, aut hypotecauit pro obseruatione, vel executione contractus ea ipsa bona, de quibus ipse in prædictis pactis dotalibus se dispositurum, aut ordinaturū promiserat in fauorem filiorum posterioris matrimonij; sed tantum fuit apposita, vel adiecta hypoteca, vel obligatio generalis omnium bonorum, quæ in similibus pactis dotalibus ex stilo, vel consuetudine Notariorum frequentissime adiici solet. Hæc autē generalis omniē bonorū hypoteta nō est tātæ virtutis, aut potētiæ: quod ipsa impedire possit translationē dominij, neq. etiam efficax, est vt actus contra prohibition em factus infirmetur. Id enim hypotecæ speciali tantum, & quidem iure exorbitanti indultum, ac concessum est. vti post Bartolum, & Romanum in l qui absenti.§.1. de acquirenda possessione, tradit in specie Alexander in l.si filio familias.in §.finali.num.4.ff. soluto matrimonio. Alciatus in d. §. diui.nu. 38.& 39.Iason. in l. si ita quis. in §.ea lege.num.32.de verbo.obligatione.idem Iason in.l quoties. num.28.C.de rei vendicatio.Ferdinandus Loazes.in d.§. diui.nu. 441.estq. communis crebrioriq. Doctorum calculo recepta sententia, vt testatur Couarrubias lib. 2.variarum.cap.15.num.3. versic. vltimo est ad hæc considerandū. Antonius Gomez.in.l.40.Tauri num.19.

† Quod in nostro casu facilius admittendum esse videtur; 41
ex quo generalis bonorum hypoteca adiecta est, in clausulis executiuis instrumēti pactorum dotalium domnæ Beatricis de Foces; sicq. minime potest naturam prohibitionis de non alienā

do in

do in contractu inductæ, quæ in principali parte dispositionis sita est, in aliquo immutare, vel alterare, prout in simili arguit ex multis Menochius, cons. 84. num. 45.

Nec facessit negotium tex. in d. l. creditor. in §. finali, de distractio. pigno. † Quia decisio il-
42 lius textus, quatenus habet, prohibitionem de nõ alienando in contractu factam, accedente bonorum hypoteca, impedire translationem dominij, ex communi Doctorũ censura omnino intelligi debet de hypoteca bonorũ speciali, non autem de generali: quæ ex stillo, vel consuetudine Notariorum, frequẽtissime adiici solet in cõtractibus; prout ita textum illum intelligit, & interpretatur Bartolus. in d. l. qui absenti. in. §. 1. cuius sentẽtia vti verissima; ita etiã receptissima est, vt testantur Couarru. & Gomesius in locis superius allegatis.

Aut si mauis etiam illius textus dispositionem procedere in hypoteca generali omniũ bonorum adhibita pro obseruatione, vel executione cõtractus, (prout tenet Paulus de Castro, in d. §. ea lege, cui astipulatur. Petra de fideicommissis. q. 8. num. 209. atq. etiam Berengarius Ferdinandus in tractatu de pactis dotalibus. cap. 6. num. 5. in prælu diis) id erit intelligendum in casu, quo generalis prohibitio præcessisset de non alienando: † Ita
43 vt omnium bonorum alienatio generaliter prohibita sit, deinde vero subsequatur generalis omnium bonorum hypoteca, pro obseruatione, vel executione contractus; tunc enim ex quo hæc generalis bonorum hypoteca ad alia bona referri nõ potest, quam ad ea quæ in præcedenti prohibitione comprehendũtur, omnino habebit effectũ specialis hypotecę, eritq. efficax, & potens ad impediendã translationem dominij: vt tradit Couarrubias d. c 15. n. 3. in fi. & post eũ Nata. cons. 474. n. 4.

Quod omnino cessat in casu nostro, ex quo implicita promissio, seu prohibitio de non alienando non respiciebat generaliter omnia bona Ioãnis promissoris, sed potius certa bona particularia, ideoq. generalis bonorum hypoteca postmodum subsecuta, nullatenus vim aut effectum habere potest specialis hypotecæ.

† Sed instat adhuc aduersarius, quod quamuis ipsa hypoteca adhibita in pactis dotalibus 44
Domnæ Beatricis de Foces, nõ sit tantæ virtutis & potentiæ, quod ipsa impedire possit translationem dominij, aut electionẽ filiorum primi matrimonij; ad minus, quidem illum effectum operabitur, vt filii posterioris matrimonij, propter subiectã clausulam hypotecæ habeãt ius detinendi, seu auocandi bona ab eo cui postea donata, & tradita fuerunt pro cõsecutione eius, quod interest ex doctrina Bartoli. in l. emptorem. num. 2. C. de locato; & conducto, quam sequitur Alexander. in d. l. si filio familias. in § finali. nume. 4. esleq. Communem Doctorum sententiam

tradit Couarruuias d. c. 15. numero 3.

45 Huic namq. difficultati respõdetur, ꝙ quãuis generalis omniũ bonorum hypoteca, regulariter habeat hunc effectum, minime tamen in casu nostro illum effectum operari poterat: neq. enim filij posterioris matrimonij pro cõsecutione eius, quod interest hypotecæ prætextu bona auocare poterunt a Ioanne de Heredia primogenito, primi matrimonij qui actualiter, & effectualis fuit electus in pactis dotalib⁹ Magdalenę Ambert, cum enim in ipso fuerit verificata electionis conditio, sicque purificatum fuerit fideicommissum electiuũ pactorum dotalium Marquesiæ de Boteller, † (id enim iam dixi
45 neutiquam impediri potuit propter generalem bonorum hypotecam superadditam implicitæ prohibitioni de non alienando, aut disponendo nisi in filios posterioris matrimonij). Ideo in ipsũ Ioannem de Heredia vti legitimũ Laurẽtij de Heredia successorẽ omnino deuenerũt hęc bona integra, & pleno iure, & absq. vllo onere, vel obligatione.

Quamuis enim in bonis liberis eum effectum operari possit hypoteca, vt is in cui⁹ fauorẽ bona pignorata, vel hypotecata sunt pro consecutione eius, quod interest bona auocare possit a quolibet possessore id tamen in bonis de quibus in præsentiarũ agitur minime locũ habere potest, ex quo ea erãt anterius vinculata, subiectaq. fideicommisso electiuo pactorum dotalium Marquesiæ de Boteller, sicq. hypotecæ prætextu auocari non poterant ab eo, in quo fideicommissi conditio extitisset, cum in eum, ex expræssa dispositione Laurentij de Heredia, integre, & pleno iure, & absq. vllo onere, vel obligatione bona deuenire debeant. 46

Rursus principaliter insurgit aduersarius, aduersus omnia supradicta obiiciens: quod promissio iurata adiecta in contractu matrimonij de relinquendo bona, vel de instituendo hæredem primogenitum illius matrimonij, propter cohærentiam contractus matrimonij, eiusq. fauorem, ac etiam propter vim, & efficatiam iuramenti adeo præcisse, & efficaciter obligat promittentem, vt ex eo pacto, vel promissione omnino cẽseatur interdicta alienatio, vel dispositio bonorum in extraneos, ac etiam in filios alterius matrimonij; vti in pacto de succedendo in contractu matrimonij adiecto concludunt Baldus, Albarotus, Præpositus in cap filij si de feudo fuerit controuersum, in vsibus feudorum Guilielmus Benedictus. in c. Reynuntius. in verbo duas habens filias. num. 201. dũ ex lib. 3. Regum. ca. 3. refert promissionem, quam fecerat Rex. Dauid, vxori suæ Bertsabe, de relinquẽdo Regnum filio Salamoni, per hæc verba: *Filius tuus Salamon regnauit post me, & ipse sedebit in solio meo.* Quibus ego addo Berengarium Ferdinandum, in tractatu de pactis dotalibus. cap. 6. nume. 8. 9. & 10. Qui loquitur in promissione

ſione adiecta in contractu matrimonij, de diſponendo, aut de inſtituendo hæredem primogenitum illius matrimonij, & Antonium Gomecium in l. 22. Tauri nu. 21. qui loquitur in promiſſione ex cauſa matrimonij facta de meliorando vnum ex filiis illius matrimonij. Atq. etiam Ioãnem Matienço, lib. 5. recopilatio
47 num. tit. 6. glo. 7. qui loquitur in promiſsione de donãdo, aut meliorando vnum ex filiis certi matrimonij.

His enim omnibus reſpondetur; quod ſupradicta pacta iurata, vel promiſsiones de relinquẽdo bona, aut de inſtituendo hæredem primogenitum, quæ in contractu matrimonij adiiciuntur, tunc demum præciſſe, & efficaciter obligãt promittentẽ, impediuntq. alienationem, aut diſpoſitionem bonorum in filios alterius matrimonij, vbi ea adiecta fuerũt ſuper his bonis, de quibus ipſe pater libere diſponere poterat in fauorem liberorũ ex eo matrimonio procreãdorum; ex quo enim pater ſuper his bonis eam legem quam vellet libere imponere poterat; licet ſubtilis iuris ratio refragari videretur, validitati iſtorũ pactorũ, vt poteq; votum captandæ mortis inducant. Admiſſum tamen eſt; quod ea pacta ſemel in contractu matrimonij adiecta, præciſſe, & incommutabiliter obligent promiſſorem, impediantq. alienationem, aut diſpoſitionem bonorum in filios alterius matrimonij, propter cohærentiam, & fauorem contractus matrimonij, & ne decipiãtur, aut defraudentur vxores; quæ aliàs ſine huiuſmodi pactis minime matrimonium contraxiſſent. Vti eleganter poſt Baldum conſiderat Berengarius d. c. 6. n. 2.

At pactum de eligendo pactorum dotalium domnæ Beatricis de Foces, non fuit appoſitum cauſa, & reſpectu illorum bonorum, de quibus ipſe Ioannes libere diſponere poſſet; ſed poti⁹ appoſitum fuit reſpectu bonorũ quæ iam anterius vinculata erant; ſubiectaq. fideicommiſſo electiuo pactorum dotaliũ Marqueſiæ de Boteller, in cuius fideicõmiſsi reſtitutione nullum aliud ius habebat pręfatus Ioannes de Heredia maior, pręter nudam, & ſolam facultatem eligendi vnum filium maſculum legitimum, cuiuſcumq. matrimonij, (facta ſemper hypoteſi de qua ſupra) ideoq. ex eo pacto, vel promiſsione nullatenus efficax; aut præciſſa obligatio acquiri potuit filiis maſculis poſterioris matrimonij; nec virtute pręd ictæ promiſsionis illis deferri potuit ſucceſsio.

Cũ enim ratione prędictæ promiſsionis impleta dici nõ poſsit ipſius fideicõmiſsi cõditio; Ideo cõditio ipſi⁹ fideicõmiſsi, quę in mera electione actuali verificabatur, vti pendens, poſt promiſſionem de eligendo impleri poſtea potuit abſquè dubio, in filiis maſculis prioris matrimonij; qui ex ſimplici promiſsione de eligẽdo, quę in puris terminis ſim-

pli-

plicis promissionis remansit, nullatenus excludi potuerunt a successione prædicti fideicommissi prout in superioribus late, & diffuse comprobaui.

49 Vnde quamuis promissio pactorum dotalium domnæ Beatricis de Foces fuerit vallata, & munita iuramento, minime tamen poterit ex ea, impediri translatio dominij, aut electio filiorum primi matrimonij; ex quo ea est primordialis istius promissionis natura, propter qualitatem bonorum, quorum causa, & respectu huiusmodi pactum appositũ est, vt nec præcisse, nec efficaciter obligare potuerit promissorem, ad ipsum promissum implẽdum; sed tantum ad interesse in casu contrafactionis. Etenim apertissimi iuris est, iuramentũ propriam adsumere naturam actus, cui accedit, eiusq. primordialem naturam sequi, ac secundum eius conditiones, & qualitates esse omnino intelligendũ. l. finali. vbi communiter notant DD. C. de non numerata pecunia. l. fin. C. de liberali causa Decius. in cap. 1. num. 23. de iuditiis. & ibidem Alciatus. num. 46. Abbas in cap. cum contingat. num. 14. de iureiurãdo. Iasen. in l. sed etsi possessori in §. item si iuraue ro. ff. de iureiurando. Menoch. cons. 201. nu. 123. Decianus cons. 10. num. 73. volu. 1. Didacus Couarruuias in d. cap. quamuis pactum. 1. par. §. 4. num. 1. Matienço lib. 5. recopilationum. titu. 10. de donationibus. l. 3. glosa. 13. n. 4.

Vnde communis illa, Doctorum traditio (de qua supra) quę habet; quod facta alicui promissione de vendendo, aut donando, licitum est promissori, alteri rem vendere, vel donare, etiam procedit in casu, quo fuerit appositum iuramentũ (vti iam superi⁹ annotaui.) Iuramentum enim non auget obligationem, sed ei tantum intra limites suos manenti, religionis vinculum adiungit. vt ait eleganter Baldus in l. si Procurator. ff. de condictio. indebiti. Deci⁹ in d. c. 1. n. 23.

Quod potissimum in casu nostro procedit, ex quo huiusmodi iuramentum, ex stilo, vel cõsuetudine Notariorum generaliter apponi solet, in similibus pactis dotalibus; atq. etiam, quia huiusmodi iuramentum nõ fuit immediate positum, post ipsam promissionem, sed in fine, & in executiuis instrumenti pactorũ dotalium domnæ Beatricis de Foces; ideoq. antecedẽtis ꝓmissionis naturã, in nihilo alterare, vt immutare poterit: prout ex pluribus arguit in simili Borninus Caualcanus. decis. 30. nu. 241. par. 1. post. Menochium in cons. 84. n. 45. & 52.

Secundo respondeo Baldum, Albarotum, Præpositum, & Guilielmum Benedictum, omnino loqui in pacto de succedẽdo adiecto in contractu matrimonij, cui inerat actualis donatio, vel expræssa, & dispositiua vocatio primogeniti; vel filiorum illius matrimonij, per hæc, aut similia verba dispositiua, succedat filius primogenitus, vel sit hæres filius primogenitus, aut bona sint, aut perueniant ad primogenitum.

Ideoq.

Ideoq. non mirum, quod ea pactio vel conuentio, vti actualem donationem includens propter coherentiam, & fauorem cōtractus matrimonij impediat alienationem, aut dispositionem bonorum in extraneos, ac etiam in filios alterius matrimonij. Et licet verum sit Gomecium, Matiençum, & Berengarium omnino loqui in promissione adiecta in contractu matrimonij de donando, aut de relinquendo bona filio primogenito illius matrimonij; ipsi tamen loqūtur in promissione quę in personā certā & determinatā saltē in specie collata, et directa erat nimirū in fauorē primogeniti ex eo matrimonio nasciturí, & vbi omnino vigebat ratio vitādi inutilē circuitū; neq. prędicti Doctores in conditionalibus loquebātur, sed in dispositiuis sicq. in casibus faciliorís circunstantiæ, & in quibus facilius multo admitti poterat opinio Ioannis Andreæ superius relata, quæ habet promissionem de donando, aut eligendo omnino vim, aut effectum habere actualis, vel præsentialis donationis.

At nos in diuersissimis terminis versamur; etenim promissio de donando, aut eligendo pactorum dotalium domnæ Beatricis de Foces omnino remansit in puris terminis simplicis promissionis, nec vllo pacto poterat donationi, aut electioni actuali æquippollere, prout ex superius adductis & allegatis satis superquè constát erat enim vaga & incerta promissio, nec in ea vrgebat ratio vitandi inutilem circuitum pro inducenda donatione, aut electione actuali. Nec etiam subiecta materia patiebatur in casu nostro; vt fideicommissi electiui conditio impleretur, & verificaretur in promissione de eligēdo, aut disponendo quæ non vere, sed ficte tantum, & præsumptiue haberi poterat pro actuali, vel effectuali donatione.

Quibus & illud accedit: quod in promissione pactorum dotaliū domnæ Beatricis de Foces, nulla vera, nec ficta intercesit traditio istorum bonorum: nec vllo vnquā tēpore tradita fuit illorū bonorū possessio, alicui ex filiis masculis posterioris matrimonij, imò constat, post huiusmodi promissionem, factam fuisse actualem, & effectualem donationē, Ioanni de Heredia primogenito ex priori matrimonio, ipsiq. traditam fuisse bonorū donatorū possessionem.

Donatio etenim illi facta, in pactis dotalib⁹ Magdalenæ Ambert, expræssam continet vsufructus reseruationem: quæ indubie arguit, & præsupponit bonorum donatorum possessionem in donatarium fuisse translatam cū illa vsufructus reseruatio implicite, & virtualiter includat clausulam de constituto, vimq. ac effectum traditionis habeat. vt expræsse dicit textus in l. quisquis. vbi communiter notāt Doctores. C. de donationibus. traditq. ex pluribus Tiraquel. de iure constituti possessorij. 1. parte. num. 3.

Nedum quod, post mortem

 patris

patris,realis,actualis,& corporalis istorum bonorum possessio tradita fuit præfato Ioanni de Heredia clienti;quam ipse pacificè habuit,per tempus sex mensium.& vltra a tempore mortis patris,vsq. ad diem quo presens appellitus apprehensionis oblatus est;quæ quidem realis, & actualis bonorũ traditio post mortem patris donantis subsecuta, cum habeat consequentiam ex antecedenti illa donatione electiua retro fingitur facta tempore donationis, perindequè habetur, ac si tum, cum donatio fieret, traditio facta fuisset,iuxta dispositionem textus in lege donationes quas parentes versicul.penultimo C.de donationibus inter virum, & vxorem facit etiam textus. in l.qui potior. lege qui balneum: ff. qui potiores in pignorare habeantur traditquè in specie Berengarius Ferdinandus in d.tractatu de pactis dotalibus d. c. 6. numer.5. vers. ad secundum rationem dico Ioannes Matienço ex pluribus. lib.5. recopilationu titul.11.17.glos.6.num.13.

Ad hæc donatio electiua facta in fauorem Ioannis clientis, in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert, etiam munita est cohęrentia matrimonij, ac insuper habet exhuberantissimas clausulas hypotecæ iuramenti, & irreuocabilitatis, vtí ex ipso instrumento constat.

Vnde hijs omnibus in casu nostro simul concurrẽtibus, nullatenus dici potest, quod ex vi præfatę promissionis de eligendo,quæ in puris terminis simplicis promissionis remansit, (vti latè deduxi)nulla subsecuta traditione infringi, & inuerti possit donatio electiua facta cũ traditione in fauorem Ioannis de Heredia clientis, nec hoc casu authoritates Berengarij, Matienci, aut. Gometij in contrarium adductę procedere possunt. Etenim non ob id, quod promissio de eligendo vallata, & munita fuerit iuramento, & cohęrentia matrimonij, præualere potest aduersus donationẽ actualem postea factã cum traditione,in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert. Cum hæc similiter munita fuerit iuramento, ac etiam cohærentia matrimonij, sicq; æque fauoralibus censeatur.

Nedum quod cohærentia, aut fauor contractus matrimonij, non eam vim addere promisioni potest, vt illius causa,& ratione infringi,ac subuerti possit donatio postea alteri facta cum traditione, vti constat in promissione dotis in contractu matrimonii facta, etenim quamuis cohærentia matrimonii munita fuerit, sitq; causa dotis fauorabilior, qualibet promissione, aut donatione ex causa nuptiarum, vel matrimonis facta, vt ex Croto,Craueta,& alijs tradit Menochius. cons.261. numer.4. Nihilominus neutiquam impedire potest translationem Domini in alium, si traditio rerum dotalium subsecuta non est,imo aduersus eam promissionem præualet secũda donatio postea alteri

alteri facta, cun traditione, vti post Bartolum, Immolam, Baldum, & alios, late concludit Gamma decis. 340. numero. 4. vers. deueniendo igitur.

Quod eo amplius confirmatur etenim, vbi duo concurrunt quorum vnus se fundat in anteriori promissione de vendendo, aut donando; alter autem in actuali donatione, vel venditione posterius facta, ita vt neutrieorum facta traditio sit, receptum esse videtur inter iuris nostri doctores; quod is qui actuali donationi, aut venditioni nititur, omnino præferatur ei, cui solum fuit facta anterior promissio de vendendo, aut donando. Etenim quamuis non tradatur res ei, cui actualis donatio, aut venditio fit; nihilominus fortius ius ipse habere censetur, quam is, cui solum fuit facta, anterior promissio de vendendo, aut donãdo, vti in specie affirmat Iason in l.quoties. numero .34. C. de rei vendicatione Rodericus Suarez dicto. cons. 7. num. 10. Menochius dicto.cons. 122.num.22. Atq; etiam Rolandus, & Tiraquellus vbi supra.

Quãuis ij oẽs cõtrariũ ex cõmuni affirmauerint eo in casu, quo vterq; eorum, qui concurrunt fundat se in donatione, aut venditione actuali, neutrique eorum facta traditio est, cum enim, cui prius facta fuit actualis donatio, vel venditio omnino præferendum esse dicunt, posteriori emptori, aut donatario.

Si ergo is, cui post fuit facta actualis donatio, sine traditione ius fortius censetur habere: quam is, cui solum fuit facta anterior promissio de donando, aut vendendo, etiam sine traditione, sicq. illi præfertur ex cõmuni: quid obsecro dicemus in casu nostro? vbi præcedente tantum vaga quadam, & incerta promissione de eligendo vnũ ex filiis masculis posterioris matrimonij, non tantum fuit facta actualis donatio, Ioanni de Heredia primogenito ex priori matrimonio, verumetiam fuit subsequta traditio. Nec enim hoc casu negari posse videtur, quod prędictus Ioannes de Heredia, propter donationem actualem ei factam, cum traditione, in contractu matrimonij, Magdalenæ Ambert, fortius ius ipse habeat, quam eius frater Hieronymus, ex secundo descendẽs matrimonio, quamuis is se fundet in anteriori promissione de eligendo, cohęrent ia matrimonij communita.

Quod ipsum coadiuuari posse videtur, ex Obseruan. Item si maritus promittit dotare vxorem, de iure dotium: & ex Obseruãtia. Item mulier potest agere, eod. tit. iunctis his, quę adducit Portoles, in Scholiis ad Molinum, in verb. pactum. nume. 19. Quatenus in illis habetur, quod si maritus tempore nuptiarũ, aut post promisit se dotaturum vxorem, super bonis suis, quod non censetur ex eo aliquo modo constituta dos, quia promissio dotis constituendæ, non habet eundẽ effectũ, ac si dos cõstituta fuisset; nec illa promissio vllatenus efficax est, vt ex ea liberi illius matrimonij, mortua matre, in aliquo succedere posint, etiam

etiam si illa promissio coherentia matrimonij munita fuerit. Prout sentire videtur Portoles vbi supra, dũ adducit exemplũ in promissione de dotando mulierem ex causa matrimonij, vel tempore nuptiarum facta. Quarum obseruantiarum meminit Rolandus in causa Aragoniæ cõsultus dicto cons. 69. n. 32.

Vnde facile & absq. vlla animi hesitatione concludendum esse videtur in casu nostro, anteriorem illam promissionem de eligendo factam, in pactis dotalibus domnæ Beatricis de Foces, neutiquã efficacem fuisse; vt ex ea defferri potuerit successio filiis masculis posterioris matrimonij; quamuis ipsa Suffulta, & cõmunita fuerit cohærẽtia matrimonij. Cum illa promissio vaga, & incerta sit, nec vlla in ea interuenerit, nec subsecuta fuerit traditio, sicq minime possit preualere, aut præponderare donationi actuali postea factæ cum traditione in fauorem Ioannis de Heredia clientis: quę similiter communita fuit cohęrentia matrimonij, pluribusq. fuit exhuberantissimis clausulis corroborata nimirum iuramenti, hypotecæ, & irreuocabilitatis.

EX quibus omnibus apertissime colligi potest solutio, ad aliam difficultatem, quę suboriri posse videtur, ad exclusionem Ioannis de Heredia clientis, ex dispositione fori. 2. de collusionen detegenda. Quatenus in illo habetur, quod donatio prius alicui facta, etiam absq. traditionis interuentu, pręualet, ac præponderat alienationi postea factæ, cum traditione, quoad hoc, vt prior donatarius bona retrahere possit, ab eo, cui alienatio cum traditione facta est. Ex cuius fori dispositione colligit eruditissimus ac integerrimus dominus Martinus Monter in. d. l. traditionibus. n. 9. versicu. & dicta Quod quamuis dispositio. l. quoties. C. de rei vendicatio. in hoc nostro Aragonum Regno pacifice, & indubitanter obtineat in vẽditione, prout expresse disponit forus final. de emptione, & venditione: non tamẽ illa obtineat, neq. procedat in donatione cum in d. for. 2. expresse cautum, & dispositum reperiatur, quod primus donatarius, cui tradito facta non est, bona retrahere possit ab eo, cui postea alienatio cum traditione facta est. Quod idem sentire videtur noster Molina in suo Reportorio, in verbo dominiũ. el primero: dum expresse docet dispositionem. l. quoties in dubie procedere in venditione de iure nostri Regni. in eo autem quod attinet ad donationem nihil certi concludit sed se remittit ad dispositionem For. 2. de collus. detegenda.

Huic etenim difficultati ex superius late traditis multifariam responderi potest. Etenim (vt omittã, quod propter clausulas pactorum dotalium Marquesiæ de Boteller, quas ipse superius expendi, non tam attẽdendæ videntur, in deferenda successione

ue prædicti fideicommissi electi ui, municipales leges Aragoniç, quam Constitutionis Principatus Cathaloniæ, quæ indistincte, & generaliter admittunt dispositionē. l. quoties, cū in eo quod ad ipsam attinet ius ipsum commune in nihilo correctum, nec limitatum reperiatur in prædictis cōstitutionibus) supradictę difficultati respondetur.

I. Quod prędictus Forus. 2. expressim loquitur in donatione; vt patet in illis verbis. *Fecerint bonorum sedentium donationem*: ideoq. ad pactū, seu promissionem de donando nullatenus extēdi, aut porrigi potest. Quia statutum loquens de donatione, aut venditione nullatenus verificatur in pacto, seu promissione de donando; vel vendendo: vt tradit, post Franciscum Aretio. in cons. 28. Rodericus Suarez. d. cons. 7. nu. 9. Alexander in cons. 76. numero. 17. volu. 5. Petra de fideicommissis. quæst. 8. numero. 214.

Rursus, quia prædictus Forus. 2. est exorbitans, & correctorius iuris communis, expræsseq. per illū derogatur despositio. l. quoties in eo quod attinet ad donationem. ideoq. stricte est intelligendus, nec ad alios casus vltra eum in quo expręsse loquitur forus, etiam ex paritate, vel maioritate rationis vllatenus extendi, aut porrigi potest, vt probat. obseruantia tertia. titulo declarationes monetatici, quam ad hoc ponderat Molinus noster. in verbo possessio. fol. 258. col. 3. ante finem, & in verbo falsator folio. 137. columna. 2.

Nedum quod in casu nostro non eadem, aut maior, sed longe diuersa ratio militat, ac intercedit inter promissionem de donando, & ipsam actualem donationem, cum is, cui facta est actualis donatio, fortius ius censeatur habere, pinguioriq; actione præmuniatur, quam is cui solū fuit facta promissio de donādo, cuius ius longe debilius esse censetur. Ideoq. non mirum, quod in eo, quod attinet ad prædicti Fori. 2. dispositionem minime a pari procedant promissio de donando, & ipsa actualis donatio.

Quod indistinctæ admittedū censerem etiam, retenta, & admissa doctrina Ioannis Andreæ de qua supra late mentionem feci, quamuis enim iuxta illam promissio de vendendo, donando, aut de se obligando habeatur pro donatione venditione, vel obligatione actuali; id tamen (vt dixi fit per fictionem, vel præsumptionem ob rationem vtitandi inutilem circuitum, vt existimauit Grammatticus in loco superius allegato, aut saltim per impropriationem verborū, prout dicit Petra. de fideicommissis. d. quæst. 8. numero. 164. at statuta, non in ca-

su ficto, sed vero, & iuxta propiam, & strictam verborum significationem verificantur, vt tradit Alexander in l.1.in.§. lex.falcidia. nu.9. tit. ad l. falcidiam, & Iason in l. si is qui pro empto re. num. 171. de vsucapionibus Bartol. in l.3. in §.hæc verba de negotijs gestis, &.l.in omnes populi in 6. quæst.de iustitia, & iure cum pluribus, alijs congestis per Bursatum.consl.329.nume.2. volum.3.

Vnde recepta illa DD.traditio quæ habet, ꝙ donatio actualis, maxime cũ traditione, omnino præualet, ac præponderat anteriori promissioni de donando, in qua nulla interuenit traditio: nullatenus corruit in nostro casu propter dispositionem dicti fori.2. Cũ ille forus expresßim in donatione actuali loquatur, non autẽ in promißione de donando. Hæc enim nullatenus preualere potest aduersus actualem donationem, postea factam cum traditione prout existimant Doctores a me superius allegati.

Secundo vitatur difficultas deducta ex dicto foro 2. Quia in eo præfigitur primo donatario tempus vnius anni ad retrahendum, vel auocandum ipsa bona, ab eo, in quem postea alienatio cum traditione facta est. Vnde si infra tempus vnius anni, a die factæ donationis, non fuerit mota quæstio, aut controuersia super bonorum alienatorum dominio, omnino remanet præclusa via primo donatario, manetq. post illud tempus firma, & stabilis donatio, aut alienatio, postea cum traditione facta. vt expresse disponit prædictus forus 2: de collusione detegenda in fine.

Ex quo igitur ex processu resultat; quod postquam fuit facta donatio Ioanni de Heredia, cliẽti nostro, in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert, nulla ei quæstio, aut controuersia intra annum mota fuit per Hieronymum, aut vllum alium filium posterioris matrimonij, imo constat a die factæ donatienis, vsquè ad diem quo huiusmodi controuersia mota est, per Hieronymum, oblato appellitu præsentis apprehensionis, plures quam decẽ, aut vndecim annos effluxisse. Ideo donatio prædicto Ioanni facta, post decursum annum a foro pręfixum, omnino firma, ac stabilis remansit; absquè eo quod ab ipso, bona illi donata, retrahi, aut auocari possint per Hieronymum, iuxta dispositionem prædicti fori. 2.

Nec facessit negotium si Hieronymus aduersarius, vt se iuuare posit beneficio dicti fori. 2. quasi desperans, ac difidens fundamentis, quæ hactenus in sui fauorem adduxit, illud tandẽ nobis, vel inuitus, vel cõuictus

tus concedat, ac fateatur, quod ſcilicet ipſi in vita Ioannis patris, nullum ius efficax, in bonis, competere poterat, virtute pręfatæ promiſsionis, pactorum dotalium domnæ Beatricis de Foces; ex eo tamen minime ipſum excludendum fore ab huiuſmodi ſucceſsione; ex quo enim ipſe in vita patris impeditus erat de iure, nec ius efficax habebat ad agendum; ideo contra eum vti impeditum de iure minime currere potuit tempus, aut pręſcriptio fori. At mortuo patre realiter ipſi Hieronymo competere cæpit ius efficax ad agendum virtute prædictæ promiſsionis, ex quo tunc cæpit ſortiri effectum nominatio facta de eo, in vltimo teſtamento patris pro adimplemento promiſsionis; hęc enim vltima nominatio facta in executionem antecedentis promiſsionis, omnino retrotrahi debet ad tempus quo fuit facta promiſsio ex adductis per Decium. in conſ. 92. n. 5. & per Manticā de cōiectu. vlt. volun. lib. 3. tit. 18. n. 13.

Ideoq. prædict⁹ Hieronymus, vti retro effectus donatarius tēpore donationis ex vi fictionis retrotractiuæ, poterit poſt mortem patris, bona ipſa retrahere, vel auocare a Ioanne, beneficio prędicti fori. 2. ex quo ante id tempus contra eum vti impeditum de iure minime currere potuit tempus, aut pręſcriptio fori.

Hæc etenim ratio, quā modo contra nos expēdit Hieronym⁹ tantū abeſt, quod Ioannis intentionē ellidat, quod imo eū magis coadiuuare, vt veluti ſuffulcire videatur. Etenim (nimea me fallit opinio) illud vnum nobis videtur ſufficere ad obtinendum; quod ſcilicet confiteatur Hieronymus, nullum ius efficax ad hæc petenda bona, ſibi competere in vita patris, virtute promiſsionis antecedentis. Etenim hoc conceſſo poterit ne aduerſarius infitiari fideicommiſsi electiui conditionem fuiſſe prius verificatam in Ioanne de Heredia cliente: qui actualiter, & effectualiter fuit electus multo ante mortem patris? Minime ſane; namquè prædictum fideicommiſſum electiuum, pactorum dotalium Marqueſiæ de Boteller, in eo filio maſculo, qui prius nominaretur, aut eligeretur cum effectu; proculdubio verificabatur. Ideoqué actualiter electo Ioanne de Heredia in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert, multo ante mortem patris, ſicq. prius quā illa promiſsio ius efficax Hieronymo tribuere poſſit, aut vim actualis donationis, aut electionis habere, omnino in perſona Ioannis, vti anterius electi; priuſq. ius efficax habentis purificatum fuit prædictum fideicommiſſum electiuum, abſquè eo quod poſtea poſſint huiuſmodi bona, ab ipſo retrahi, vel auocari per Hieronymum, cum iam in ipſo Ioanne ſortita fuerit ſuum effectum diſpoſitio Laurentij de Heredia.

Vnde

Vnde quamuis in terminis prædicti fori. 2. fateremur, vbi bona libera fuissent ea auocari, vel retrahi posse, ab actuali donatario per eum cui solum fuit facta promissio de donando, subsecuto adimplemento promissionis, post factam donationem actualem; id tamen nullatenus in casu nostro admitti, aut recipi poterit; ex quo hæc bona anterius erant vinculata, subiectaquè fideicommisso electiuo pactorum dotalium Marquesiæ de Boteller; ideoq. purificato semel fideicommisso electiuo, in persona Ioannis ab ipso postea bona; nec auocari, nec retrahi poterunt per Hieronymum prætextu dispositionis prędicti fori, cum imo in ipso, vti legitimo Laurentij successore, bona irreuocabiliter, & incommutabiliter manere debeant.

Nec enim nominatio facta de Hieronymo, in executionem; & adimplementum antecedentis promisionis, vllatenus retrotrahi poterat, ad tempus pactorum dotalium dominæ Beatricis de Foces; vt ita Hieronymus prius electus, aut nominatus dici posit, retrotracto adimplemento promisionis, ad tempus, quo fuit facta promisio. Etenim fictio retrotractiua non habet locum in præiuditium iuris alteri medio tempore quæsiti. l. si insulam. in §. finali. ff. soluto matrimonio. l. Pomponius. in §. quæsitum. ff. de acquirenda possessione. glosa in cap. quia circa de priuilegiis cum concordantibus congestis per Tiraquellum. de retractu linagier. § 1. glo. 10. nu. 68. Et post Bartolum tenent communiter Doctores. in l. si is qui pro emptore, de vsucapionibus. Petrus Peralta in Repetitione. l. 3. in. § qui fideicommissam. nu. 16. cum sequentibus, de hæredibus instituendis. Afflictus. in c. 1. in principio. vers. vigesimo quarto quæro. nume. 32. de prohibition. feud. Alienat. per Federicum, Sapia in l. finali. num. 30. C. de edicto Diui Adriani tollendo. Molina de Hispano. Primogeniis. lib. 3. cap. 12. num. 7. Menoch. consi. 186. num. 10. & 11. Magon. decis. 20. n. 16.

Namque fictio retrotractiua omnino requirit habilia duo extrema nimirum extremum temporis, a quo, & extremum temporis ad quem; vt tradit Bartol. in d. l. si is qui pro emptore. nu. 4. & 38. Et post eum Maluasia. cons. 34. num. 8. cum sequentib. Hæc autem extrema nullatenus ad retrotractionem coniungi, aut copulari possunt, vbi inter illa aliquis actus medius interiectus, aut interpositus est. Is enim semper retrotractionem excludit, protinusquè impedit ipsorum extremorum coniunctionem, vt habetur in cap. per tuas de conditionibus appositis, & in cap. si pro te. & in c. quamuis

uis de reſcriptis . in 6. Iaſon in l. Gallus in §. & quid ſi tantum. num. 120. de liberis, & poſthumis. Potiſſimum quando virtute, & vigore illius actus intermedij, ius perfecte formatum, & quæſitum alicui fuit, eo enim caſu, omnino ceſſat retrotractio, nec in præiuditium iuris medio tempore quæſiti, extrema coniũgi, aut copulari poſſunt: vt tradit ex pluribus Ioannes Matienço lib. 5. Recopilationum. titulo 8. l. 10. gloſa 3. num. 17. Petrus Peralta d. §. qui fideicommiſſam. num. 16. Menochius de præſumptionibus lib. 2. preſumptione. 9. num. 15. Confertq. elegans reſolutio Decij. conſ. 247. num. 3. verſic. nec obſtat. vbi ex pluribus reſoluit Decius: quod venditio pura ſecundo loco facta cum traditione, prefertur donationi cõditionali prius factæ cui inerat clauſula de conſtituto, etiam ſi poſtea purificetur conditio ipſius donationis, (& loquitur ibi Decius in cõditione caſuali) hęc enim nullatenus retrotrahi poteſt in præiuditiũ emptoris, cui medio tempore ante exiſtẽtiam conditionis ius perfecte quęſitũ erat, propter puram venditionẽ illi factam cum traditione; & dictum Decij communiter ſequntur DD. vt teſtatur Blaſcus Flores Diaz de Mena in additionibus ad Gammam. deciſ. 116. ad num. 3.

Ex quo igitur Ioannes de Heredia cliens, primittus fuit actualiter, & effectualiter electus a patre, in pactis dotalibus Magdalenæ Ambert, in eoq. vti primo electo, & nominato purificatum extitit fideicommiſſum electiuum, pactorum dotalium Marqueſiæ de Boteller, cum eo tempore, nec Hieronymus de Heredia aduerſarius, nec vllus alius filius poſterioris matrimonij, ſe actualiter electum dicere poſſet virtute antecedentis promiſſionis de eligendo vti ex pluribus ſuperius cõprobaui; ideo ius pure, & perfecte quæſitũ prędicto Ioanni de Heredia; virtute donationis electiuæ illi factę, nullatenus ab eo tolli, vel amoueri poteſt, per actualem nominationem poſtea factam, de Hieronymo in vltimo teſtamento patris, quamuis illa facta fuerit in executionem, & adimplemẽtum antecedentis promiſsionis: nec enim obid ipſa retrotrahi poteſt in præiuditium prædicti Ioannis; in cuius perſona propter purificationem fideicommiſſi electiui, ac rerum donatarum traditionem, ius perfecte formatum, ac radicatum eſt.

Quod in caſu noſtro potiſſimũ admittendum eſſe videtur, nãq. facultas eligendi, aut nominandi, quæ fuit data, & attributa Ioanni de Heredia maiori, in prioribus pactis dotalibus, nõ fuit reſtricta, nec coartata ad tempus mortis: prout in caſu dictę l. vnũ familiã, de leg. 2. ibi cum morietur, ſed potius fuit ſimpliciter, & indefinite conceſſa, vti ſuperius annotaui. quo caſu ſemel rite, & perfecte facta electione, vel nominatione actuali, omnino prohibetur variatio, nec electio ſemel facta reuocari poteſt. l. ſtatu liberũ in §. ſtichum de leg. 2. l. huiuſmodi in §. ſtichum de leg. 1. Bar-

L

1. Bartol. in d.l. vnum ex familia in principio.nu.2. Et ibidem Albericus.nu. 1. in fi. communiter Doctores. in l. serui electione de leg. 1. Estq. communis & recepta Doctorum sententia, vt testatur Caldas Pereira de iure emphyteuti.3.p.c.5.n.1. Gamma decis.37.nu.1. Maxime vbi electio, vel nominatio facta fuit, mediãte actu irreuocabili, prout in casu nostro contigit: tunc enim siue eligẽdi facultas ex vltima voluntate descendat, siue etiam descendat ex contractu, omnino prohibetur variatio, cum per primam electionem perfectam, in contractu irreuocabili factã: omnino functus fuerit elector officio suo vti post Bartolum, Ripam, & alios in d.l. Serui electione tradit Caldas Pereira d. c. 5.n.2. Gamma. decis.116.n.7. vers. secunda ratio.

Vnde prædictus Ioannes de Heredia elector, post factam donationem electiuam, in fauorẽ Ioannis de Heredia clientis, in pactis dotalib⁹ Magdalenæ Ambert; sicq. in contractu irreuocabili, minime postea potuit prædictam donationem electiuam, semel rite, & perfecte factã subuertere, aut reuocare, nominando postea in testamento prædictum Hieronymum de Heredia aduersarium, pro adimplemento, & executione antecedẽtis promisionis, de eligendo: ex quo per primam electionem actualem, in contractu irreuocabili factam, functus fuit officio suo protinus consumpta, ac euacuata ipsa eligendi, aut nominãdi facultate.

Quibus quidem omnibus, satis superq. fundata, ac communita esse videtur intentio Ioannis de Heredia clientis; adeo vt de ei⁹ bono titulo, & iure ad bona in prǫsenti processu apprehẽsa, nulla pacto dubitandum esse videatur. Cum ipse (vti ex superi⁹ adductis cõstat) actuali, & perfectæ electioni nitatur, nec illi vllatenus obstet, aut refragetur promissio pactorum dotaliũ dõnæ Beatricis de Foces; nec etiã nominatio postea subsequta, in fauorem Hieronymi de Heredia aduersarij, in vltimo testamẽto patris. Vnde cum res sit diffinienda per eos, qui mira animi integritate præfulgent, quiq. summa nitent iuris peritia fœlicem huius causæ successum nobis, vti certissimum pollicemur, in eam quidẽ spem, & (quæmadmodum confido) verissimam adducti: nimirum propositionem pro hac parte in præsenti processu oblatam, omnino recipiẽdã fore; prout ipsa iuris, ac æquitatis ratio, quæ clienti nostro assistit, ac suffragatur, veluti clamans exigere, ac postulare videtur, salua in omnibus eruditissimorum, ac integerrimorum iudicum censura; cui hęc omnia, meq. ipsum libentissime subiicio.

Didacus la Naxa. I.D.